

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La ejecución del contrato de obra pública

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Rafael Juristo Sánchez

DIRECTOR:

Jesús González Pérez

Madrid, 2015

R. d. 102.410



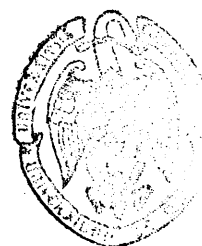
T.E.
818

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

LA EJECUCION DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

(Tesis Doctoral)



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Director

D. JESUS GONZALEZ PEREZ

D. RAFAEL JURISTO SANCHEZ

Abril 1.983

Deposito

LA EJECUCION DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA
=====

	<u>Pag.</u>
<u>INTRODUCCION</u>	
I.- CONCEPTO DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA	1
II.- EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO	3
1. La construcción francesa del "contrat administratif"	4
2. Crítica a la doctrina del contrato administrativo	8
A) La desigualdad de las partes en el contrato administrativo	9
B) El contrato administrativo se construye con elementos formales ajenos a la institución contractual.	13
a) La tesis de PARADA VAZQUEZ	17
b) La tesis de GARCIA-ENTERRIA	20
c) El contrato administrativo como contrato "deformado"	22
3. La función del contrato administrativo	28
4. Conclusión	31
III.- EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA COMO ARRENDAMIENTO DE OBRA	32
1. La obra como resultado del trabajo	34
2. Autonomía y riesgo del contratista	37
3. Precio cierto	40
IV.- FUENTES NORMATIVAS	42
1. Normas estatales	42
2. Normas Locales	47
3. Normas autonómicas	49
a) Cataluña	50
b) País Vasco	50
c) Navarra	50
V.- LA EJECUCION DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA	51

	<u>Pag.</u>
<u>CAPITULO PRIMERO.- LA PREPARACION DE LA EJECUCION DE LA OBRA</u>	58
I.- INTRODUCCION	58
II.- LA COMPROBACION DEL REPLANTEO	59
1. El replanteo del Proyecto	60
2. La comprobación del replanteo	62
3. Obligatoriedad de la presencia del contratista y la Administración en el acto de comprobación del replanteo.	64
4. El alcance de la comprobación del replanteo.	66
A) La comprobación del replanteo como operación estrictamente técnica.	67
B) La revisión de los documentos del proyecto	69
C) La disponibilidad de los terrenos	71
D) El uso de los terrenos y la vigente Ley del Suelo	73
5. El resultado de la comprobación del replanteo	75
A) Comprobación del replanteo de plena conformidad	75
B) Comprobación del replanteo con reservas por parte del contratista.	77
C) La suspensión de la iniciación de las obras con carácter definitivo.	79
D) Viabilidad del proyecto e iniciación de las obras.	82
6. Gastos de la comprobación del replanteo	83
III.- LA PLANIFICACION DE LOS TRABAJOS	85
1. El programa de trabajos	85
2. Contenido del programa de trabajos	87
3. Exigibilidad recíproca del programa de trabajos	89
4. Programación y anualidades	94

	<u>Pag.</u>
VI.- LAS ORDENES DE LA DIRECCION DE LA OBRA	130
1. Naturaleza jurídica	131
2. Competencia	133
3. Forma de las órdenes	136
4. Contenido de las órdenes	136
VII.- PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCION DE INCIDENCIAS	137
VIII.- EL DEBER DE COLABORACION DE LA ADMINISTRACION	139
<u>CAPITULO TERCERO.- LA REALIZACION DE LA OBRA.-</u>	148
I.- EL CARACTER PERSONAL DE LA OBLIGACION DEL CONTRATISTA	148
1. La representación del contratista durante la ejecución de la -- obra.	149
2. El subcontrato de obra pública.	151
A) Entre la Administración y el contratista	153
B) Entre el contratista y el subcontratista	154
C) Entre la Administración y el subcontratista	155
3. La cesión del contrato.	156
II.- EL DEBER DE RESIDENCIA Y EL DERECHO DE VECINDAD DEL CONTRATISTA.	159
III.- EL PROYECTO, NORMA DE EJECUCION DE LA OBRA.	161
IV.- EL CONTENIDO DEL PROYECTO	162
1. Proyectos de obras de primer establecimiento, reforma o gran - reparación.	163
A) Memoria del Proyecto	164
B) Los planos del Proyecto	165
C) El Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.	166

	<u>Pag.</u>
2. Proyectos de obras de reparaciones menores y de conservación - o mantenimiento.	168
3. Proyectos y anteproyectos elaborados por el contratista.	168
V.- UTILIDAD E INTEGRIDAD DE LA OBRA.	170
VI.- COMPLEJIDAD DE LA OBRA.	172
VII.- LA OBLIGACION DE APORTAR MATERIALES	173
VIII.- EL CONCEPTO DE MATERIALES	174
IX.- LA DETERMINACION DE LOS MATERIALES	175
1. Materiales naturales	176
2. Materiales industriales	177
3. Materiales procedentes del propio emplazamiento de la obra.	178
X.- PROCEDENCIA NACIONAL DE LOS MATERIALES	178
XI.- CONSERVACION DE MATERIALES A PIE DE OBRA.	181
XII.- VERIFICACION CUALITATIVA, ACEPTACION Y RECUSACION DE MATERIALES.	183
1. La verificación de los materiales	183
2. La aceptación	185
3. La recusación	186
XIII.- RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA POR LOS DEFECTOS DE LA OBRA EN - CURSO.	187
<u>CAPITULO CUARTO.- EL RIESGO DE EJECUCION DE LA OBRA.-</u>	194
I.- EL PRINCIPIO DEL RIESGO Y VENTURA	194

	<u>Pag.</u>
1. La formación histórica del principio del riesgo y ventura.	195
2. La formulación dogmática del principio del riesgo y ventura.	197
II.- LA FUERZA MAYOR	200
1. El elenco de casos de fuerza mayor	203
2. La extensión de la indemnización	207
3. Procedimiento para el abono de la indemnización	209
4. La fuerza mayor en el RCCL	211
III.- OTRAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL RIESGO Y VENTURA	213
IV.- DAÑOS A TERCERO MOTIVADOS POR LA EJECUCION DE LA OBRA.	217
<u>CAPITULO QUINTO.- MODIFICACION DEL PROYECTO.-</u>	223
I.- PROHIBICION DE MODIFICACION DEL PROYECTO POR EL CONTRATISTA. EXCEPCIONES.	223
II.- EL IUS VARIANDI DE LA ADMINISTRACION	225
1. La mutabilidad del contrato administrativo	225
2. Existencia y fundamento del "ius variandi" en el c.o.p.	228
3. Naturaleza jurídica del "ius variandi".	231
III.- CLASES DE VARIACIONES	235
A) Variaciones cuantitativas y cualitativas	235
B) Variaciones contractuales y extracontractuales	240
IV.- LOS LIMITES DEL IUS VARIANDI	242
1. Clases de límites	243
2. Límites cualitativos	244
3. Límites cuantitativos	249

V.- PROCEDIMIENTO DE MODIFICACION	Pag. 257
1. Requisitos subjetivos	258
2. Requisitos objetivos	260
3. Requisitos formales	262
4. Tiempo	263
5. Tramitación	264
VI.- EFECTOS DE LA MODIFICACION	268
1. Obligatoriedad de la modificacion	268
2. Efectos novatorios	269
3. Efectos sobre el precio y el plazo	270
4. Cooperación de la Administración	271
5. Responsabilidad administrativa.	272
<u>CAPITULO SEXTO.- EL TIEMPO DE REALIZACION DE LA OBRA.-</u>	280
I.- TIEMPO DEL CONTRATO Y TIEMPO DE LA PRESTACION	280
II.- DETERMINACION DEL PLAZO DE EJECUCION DE LA OBRA.	281
III.- PLAZO DE INICIACION Y PLAZO DE EJECUCION DE LA OBRA.	282
IV.- PLAZOS PARCIALES Y RITMO DE LA OBRA	283
V.- MODIFICACION DEL PLAZO DE EJECUCION. PRORROGA.	286
VI.- LA MORA DEL CONTRATISTA	290
1. El plazo como elemento esencial de la obligación	291
2. Los supuestos de mora del contratista	294
3. La constitución automática de la mora	297

- VIII -

	<u>Pag.</u> <u>299</u>
VII.- LA SUSPENSION DE LAS OBRAS.	
1. Continuidad de la obra	299
2. Suspensión de la obra a iniciativa del contratista	300
3. Suspensión de las obras a iniciativa de la Administración	302
4. Suspensión temporal total y parcial	307
5. Suspensión definitiva y desistimiento	309
6. Posibilidad de acumular las indemnizaciones "ex" artículos -- 148 y 162 RCE.	311
7. Formalización de la suspensión.	321
<u>CAPITULO SEPTIMO.- GARANTIAS Y MEDIDAS COERCITIVAS PARA LA CORRECTA --</u> <u>EJECUCION DE LA OBRA.-</u>	333
I.- GARANTIAS DE BUENA EJECUCION	333
II.- FUNCION Y NATURALEZA DE LA GARANTIA DE BUENA EJECUCION	334
III.- GARANTIAS DE CARACTER REAL	337
IV.- GARANTIA DE CARACTER PERSONAL	340
V.- CONSTITUCION DE LA GARANTIA	344
VI.- PROPORCIONALIDAD DE LAS GARANTIAS	346
VII.- EJECUCION Y DEVOLUCION DE LAS GARANTIAS	349
VIII.- PENALIDADES	353
1. Concepto y función de la pena por retraso	354
2. Requisitos para la aplicación de la pena	354
3. Cálculo y liquidación de la penalidad	355

	<u>Pag.</u>
IX.- EJECUCION FORZOSA	357
1. Procedimiento para acordarla	358
2. Efectos	359
<u>CAPITULO OCTAVO.- TERMINACION Y RECEPCION DE LA OBRA.-</u>	363
I.- TERMINACION DE LA OBRA	363
II.- RECEPCION DE LA OBRA	364
III.- VERIFICACION DE LA OBRA	366
IV.- RECEPCION PROVISIONAL	369
1. Naturaleza jurídica	369
2. Objetividad de la recepción	370
3. Procedimiento de la recepción provisional	371
A) Sujetos que intervienen en la recepción	372
B) Objeto de la recepción. Recepciones parciales	374
C) Lugar y tiempo de la recepción	375
D) Formalización de la recepción	376
E) Recepciones tácitas	378
4. Efectos	379
V.- PERIODO DE GARANTIA	381
1. Fundamento y plazo	381
2. Reducción y excepción de la garantía	382
3. Responsabilidad del contratista	383
VI.- RECEPCION DEFINITIVA DE LA OBRA	391
1. Naturaleza jurídica	391
2. Procedimiento	392

VII.- LA RESPONSABILIDAD POR RUINA DE LA OBRA.	<u>Pag.</u> 398
1. La responsabilidad decenal en el Código Civil	399
2. Los artículos 56 LCE y 175 RCE	403
<u>CAPITULO NOVENO.- LA DETERMINACION DEL PRECIO.-</u>	411
I.- EXISTENCIA Y DETERMINACION DEL PRECIO	411
II.- MODALIDADES DEL PRECIO	413
1. Precio alzado cerrado	413
2. Precio unitario	414
A) Precio unitario abierto	414
B) Precio unitario alzado	414
3. Precios por administración	415
III.- PRECIO UNITARIO Y PRECIO ALZADO EN EL DERECHO VIGENTE	416
1. La formación de los precios unitarios	416
2. Formación del presupuesto general	418
IV.- PRECIO Y CONSIGNACION PRESUPUESTARIA	422
1. Necesidad de consignación presupuestaria	422
2. Consecuencias de la falta de consignación presupuestaria	425
V.- EL ERROR EN LA DETERMINACION DEL PRECIO	429
1. Error vicio y error obstativo	430
2. Errores conceptuales de la Administración y del contratista	432
3. Errores de expresión o manifestación	437
<u>CAPITULO DECIMO.- VARIACIONES DEL PRECIO.-</u>	446
I.- VARIACION DEL PRECIO POR MODIFICACION DEL PROYECTO.	446



II.- EL PRECIO Y EL EQUIVALENTE ECONOMICO	<u>Pag.</u> 447
III.- LA ACTUALIZACION DEL PRECIO	448
IV.- LA MODIFICACION DEL PRECIO Y EL RIESGO IMPREVISIBLE	455
1. Soluciones doctrinales	455
2. Soluciones jurisprudenciales	456
3. La jurisprudencia española del riesgo imprevisible	459
V.- LA LEGISLACION REVISORA	463
1. La excepcionalidad de las normas de revisión. Crítica.	464
2. Fundamento de la revisión de precios.	467
VI.- LA CLAUSULA DE REVISION DE PRECIOS	468
1. La cláusula de revisión como pacto reglado	469
2. La cláusula de revisión como cláusula estabilizadora.	470
VII.- FORMALIZACION DE LA CLAUSULA DE REVISION	472
VIII.- FORMULA POLINOMICA E INDICES DE REVISION	475
1. La fórmula polinómica	476
2. Los índices de revisión	478
IX.- CALCULO DE LA REVISION	480
1. Cuantía del contrato	481
2. Plazo del contrato	481
3. Exención o franquicia de revisión	482
A) Modificación de la obra	482
B) Suspensión de la obra	484
C) Contratos resueltos	485

4. Apertura de la revisión	<u>Pag.</u> <u>486</u>
A) Indices aplicables	487
B) Fecha de licitación	489
C) Obras suspendidas	489
D) Exclusión del beneficio industrial y de otros conceptos.	490
 X.- REVISION DE ACOPIOS E INSTALACIONES Y MAQUINARIA.	 492
 <u>CAPITULO UNDECIMO.- EL PAGO DEL PRECIO.-</u>	 500
 I.- SUJETOS DEL PAGO	 500
 II.- PAGOS PROVISIONALES	 502
 III.- FINANCIACION DE OPERACIONES PREPARATORIAS	 504
1. Anticipo por acopio de materiales	505
2. Anticipo por instalaciones y equipo	506
3. Garantías	509
 IV.- ABONO DE LA OBRA EN EJECUCION	 511
1. Medición de la obra	511
2. Redacción de la relación valorada	512
3. Certificaciones de obra. Naturaleza	514
4. Clases de certificaciones.	516
5. Tramitación de certificaciones	517
 V.- CERTIFICACION DE REVISION	 519
 VI.- LIQUIDACION PROVISIONAL	 521
1. Crítica del sistema de doble liquidación	521
2. Concepto y naturaleza de la recepción provisional	522

	<u>Pag.</u>
3. Procedimiento de liquidación provisional	522
A) Medición general y definitiva	523
B) Liquidación provisional	525
4. Efectos de la liquidación provisional	528
VII.- LIQUIDACION DEFINITIVA	529
1. Concepto y naturaleza	529
2. Procedimiento	530
3. Efectos.	532
VIII.- PAGO DE CERTIFICACIONES	533
1. Propuesta del pago	534
2. Ordenamiento del pago	535
3. Realización del pago	536
IX.- TRANSMISION Y EMBARGO DE CERTIFICACIONES	537
1. Transmisión y pignoración	537
2. Pignoración de certificaciones	542
3. Embargo de certificaciones	543
X.- PAGO DE INTERESES	545
1. Constitución de la mora	546
2. Responsabilidad derivada de la mora	548
3. Procedimiento para el pago de intereses	550
4. Compensación de la mora	551

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CE	Constitución Española de 1978
CC	Código Civil de 1889
CCAG	Cahier de Clauses Administratives Generaux, 21 de enero 1976.
C.Com.	Código de Comercio de 1885
CP	Código Penal. Texto Refundido de 14 de septiembre de 1973
DLRP	Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964 sobre revisión de precios
LCE	Ley de Contratos del Estado. Texto articulado de 8 de abril de - - 1965, modificado por Ley de 17 de marzo de 1973
LEF	Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954
LGP	Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977
LH	Ley Hipotecaria, Texto Refundido de 8 de febrero de 1946
LJCA	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 modificado por Ley de 17 de marzo de 1973
LOP	Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958
LPE	Ley del Patrimonio del Estado, Texto articulado de 15 de abril de 1964.
LRL	Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 24 de junio de 1955
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.
LS	Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido de 9 de abril de 1976
RBCL	Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 27 de mayo de 1955
RCCL	Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de - enero de 1953
RCE	Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975
REF	Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26 de abril 1957
RRP	Decreto de 11 de marzo de 1974 sobre inclusión de cláusulas de <u>re</u> visión de precios en los contratos del Estado y sus organismos -- Autónomos.

PCAG Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de obras del Estado.

ADC Anuario de Derecho Civil

RAP Revista de Administración Pública

REDA Revista Española de Derecho Administrativo

REVL Revista de Estudios de la Vida Local

RDP Revista de Derecho Privado

I N T R O D U C C I O N

I.- CONCEPTO DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.-

Definir una figura o institución jurídica no debe tener otro propósito que el de poder establecer una base mínima de partida en su estudio. Bajo esta premisa podemos definir el contrato de obra pública (c.o.p.) como aquel tipo de contrato administrativo por virtud del cual una de las partes llamada contratista o empresario, se obliga a realizar con organización y medios propios, una obra inmobiliaria destinada a satisfacer un interés público, a cambio de un precio cierto en dinero que se compromete a pagarle una Administración pública.

En la doctrina se pueden encontrar definiciones más restringidas o más amplias que la propuesta.

Es más restringida la definición que nos ofrece, por ejemplo, FERNANDEZ DE VELASCO (1), pues dice que "en virtud de la concesión de obras públicas un contratista se obliga a realizarlas a riesgo y ventura, salvo pacto en contrario, recibiendo, a cambio, la cantidad que se fije por unidad de obra que le abonará la Administración". Como se ve -- puede parecer que el c.o.p., al que se le denomina impropiaemente concesión, sólo sería tal cuando se hubiese pactado el precio por unidad de obra, siendo así que la que es simplemente una posible modalidad del -- precio no puede convertirse en elemento definidor de este contrato.

Por el contrario es más amplia la definición que da GARCIA -- ENTERRIA (2) de este contrato, en contemplación del artículo 55 RCE, pues dice que: "Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma,

reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio. Por consiguiente no se limita el objeto de este contrato a las tradicionalmente llamadas obras públicas sino a toda obra inmobiliaria realizada por - - cuenta de la Administración.

Como todo concepto, el que por nuestra parte hemos propuesto supone una abstracción que procede de la observación de una determinada realidad. Esta realidad es, en nuestro caso, que las Administraciones - públicas contraten con empresarios privados la realización de obras destinadas a un fin público, no siendo éste el único medio de realizar estas obras, pues pueden también llevarse a cabo por la propia Adminis--tración o por un concesionario. Sin embargo, la realidad también nos enseña que la llamada ejecución de obras por contrata es la más utilizada por la Administración hasta el punto de convertirse en el instrumento - contractual paradigmático de otros contratos. Acaso ésto sucede porque como ha dicho GARCIA-ENTERRIA (3) "la Administración, hecha para mandar, necesita imperiosamente negociar, una vez descubierto que con po--der mandar no basta en muchos casos".

Mas constatado que la Administración contrata con los particu--lares la ejecución de obras públicas, debemos dar un paso más y ver cómo aquélla utiliza la vía contractual, lo que nos lleva a preguntarnos, primero, por la naturaleza jurídica del c.o.p., y después por su régimen jurídico tanto en el terreno de los principios como en el de las normas positivas.

La definición que hemos dado del c.o.p. empezaba por señalar que el mismo es un contrato administrativo y a continuación ofrecíamos un esquema del c.o.p. que responde sustancialmente al contrato de arrenu

damiento civil (locatio conductio operis). Por consiguiente, contrato administrativo, de un lado, y arrendamiento civil de obra, de otro, contribuyen a la formación de la naturaleza de este tipo singular de contrato que es el c.o.p.

II.- EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO.-

La afirmación de que el c.o.p. es un contrato administrativo supone ya de por sí una importante concreción, puesto que además de ---adscribirlo a una categoría de contrato perfectamente conocida, se señala un modo específico de utilización de la técnica contractual en la --realización de las obras públicas.

En efecto, la realidad de una Administración que contrata permite, sin más, hablar de contratos de la Administración. En cambio, la ejecución de las obras públicas mediante un contrato administrativo, requiere la presencia de determinados requisitos o ingredientes en el contrato para que pueda ser calificado de administrativo. Se abre entonces una fuerte polémica doctrinal sobre qué es lo que hace del contrato administrativo ser una categoría con sustantividad propia.

No es objeto de nuestro estudio traer aquí toda esa polémica doctrinal, a nuestro juicio todavía no cerrada, sobre la figura del contrato administrativo. Sin embargo, aunque sea sumariamente, nos resulta imprescindible entrar en esta discusión y ello por una razón fácil de --explicar y de comprender.

Si el c.o.p. es un contrato administrativo, es evidente que --cuando se cuestiona la naturaleza de éste se está también poniendo en --entredicho la de aquél. Y esto resulta más importante cuanto que el - -

c.o.p. es el tipo de contrato administrativo más representativo. Aun más es el contrato sobre el que se ha construído, por vía de generalización, toda la dogmática del contrato administrativo. Uno de los padres de la construcción doctrinal del contrato administrativo, JEZE (4) afirmó - del contrato de obras públicas que "es el que ha servido de modelo para todos los demás. Es el contrato para el cual la jurisprudencia ha formulado, desde un primer momento, las reglas más precisas". En nuestra doctrina se ha expresado en términos análogos GARRIDO FALLA (5) pues dice que: "En Derecho español el contrato de obras públicas no es sólo un contrato claramente administrativo sino que incluso puede decirse que - es el contrato administrativo por excelencia. Es ésta una consecuencia de la tradicional atribución legal que de este contrato se hace a la jurisdicción contencioso-administrativa así como de la rica y ya añeja reglamentación de su régimen que contiene nuestro Ordenamiento jurídico".

Es pues inevitable que entremos en el estudio del contrato administrativo con lo que podremos aclarar la naturaleza de su tipo básico que es el c.o.p.

1. La construcción francesa del "contrat administratif".- El contrato administrativo es una creación doctrinal y jurisprudencial del Derecho francés. JEZE (6) PEQUIGNOT (7) construyeron esta figura - contractual con los materiales que le proporcionaba la jurisprudencia - del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos (8). Otros países europeos como España y Bélgica siguieron este modelo francés, mientras que otros como Alemania e Italia lo rechazaron.

JEZE (9) partió de la realidad de que para asegurar el -- funcionamiento de los servicios públicos, los agentes públicos necesitan que ciertas cosas materiales, existentes o que han de fabricarse o

construirse se pongan a su disposición. Cuando se trata de cosas muebles, se realiza un contrato que lleva generalmente el nombre de contrato de suministros. Cuando se trata de cosas inmuebles se celebra el contrato de obras públicas. Pero a continuación este mismo autor advirtió que -- aunque estos contratos se asemejan a los que celebra un particular, esto no es más que una apariencia, pues hay un elemento esencial que no se halla en las relaciones de particular a particular, como es que estos contratos se concluyen para el funcionamiento de un servicio público. -- Por ello, añadiré, cuando se trata de asegurar el funcionamiento de un servicio público, no se aplican necesariamente los propios textos del Código Civil o de las leyes de Derecho privado que rigen las relaciones entre particulares en hipótesis análogas. Ante todo, cabe inspirarse en las ideas generales que justifican dichos textos, que deben conciliarse con las necesidades de funcionamiento regular y continuo del servicio público. Esto da lugar a que existan unas reglas especiales que se relacionan con: 1º La forma de los contratos; 2º Los poderes de la Administración para obtener, mediante intimaciones unilaterales, la ejecución fiel y regular de la prestación convenida; 3º Ciertas facilidades dadas a los contratantes de la Administración para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (teoría de la imprevisión); y 4º La competencia de los tribunales administrativos para juzgar los litigios que se susciten entre la Administración y los proveedores.

Sobre estas "reglas especiales" se construye, pues, la teoría del contrato administrativo cuyos sostenedores tendrán la tarea fundamental de demostrar cuando, en la práctica, se está en presencia de un contrato de esta naturaleza al que debe aplicársele ese régimen especial.

JEZE (10) se preguntará cómo se reconoce un contrato administrativo dentro de los contratos que celebra la Administración, toda vez

que ella también los celebra sujetándose al régimen común del derecho - privado o civil. La respuesta la da este autor señalando cuatro condiciones o requisitos:

"1º) Es preciso un acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular;

2º) el acuerdo de voluntades tiene por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o de servicios personales, mediante una remuneración (en dinero o de otro modo)

3º) la prestación que suministrará el individuo está destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público;

4º) las partes, por una cláusula expresa, por la misma forma dada al contrato, por el género de cooperación solicitada al contratante, o por cualquier otra manifestación de voluntad, han entendido someterse al régimen especial del derecho público. Por una parte, la Administración ha querido este régimen jurídico especial. Por otra parte, el proveedor, al someterse voluntariamente a este régimen especial, ha renunciado a prevalecerse de las reglas del derecho privado, para la determinación de su situación jurídica".

Como puede apreciarse de todos estos requisitos necesarios para la existencia de un contrato administrativo propiamente dicho, sólo los dos últimos tienen singularidad respecto al contrato que conoce del Derecho Civil, es decir el fin del aseguramiento de un servicio público y el medio de conseguirlo por la aplicación de un régimen especial que se considera de Derecho público.

Posteriormente la doctrina francesa pondrá todo su empeño en demostrar que el "contrat administratif" se caracteriza porque en él - existen cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común. De este modo, como señala LAUBADERE (11): "La notion de clause exorbitante ou dérogatoire au droit commun constitue aujourd'hui incontestablement

l'élément central de la theorie du contrat administratif. C'est en effet la presence de talles clauses dans un contrat qui est le critère par -- excellence de son caractère administratif".

Con todo, la doctrina francesa encontrará serias dificultades para dar una noción de la cláusula exorbitante como algo sustantivo y -- propio del contrato administrativo. La observación más inmediata hace -- notar que esta cláusula se caracteriza por incorporar una "prerogative de puissance publique", especialmente la relativa a la utilización por la Administración del privilegio de la decisión ejecutiva. También se -- dirá que la cláusula exorbitante es una cláusula imposible en el contrato civil (12), aunque se advertirá que algunas de las cláusulas consideradas por la jurisprudencia como exorbitantes podrían figurar en un -- contrato civil. Por esto LAUBADERE (13) concluirá que lo definitivo para caracterizar la cláusula exorbitante es que "porte la marque administrative" es decir, que esté inspirada por las consideraciones y los fines propios del Derecho público. En este sentido citará como ejemplos -- tomados de la jurisprudencia francesa, el pacto de reinversión de las -- sumas percibidas de un seguro en la construcción de un nuevo buque, o -- el pacto de rescisión o resolución de un contrato de arrendamiento de -- vehículos si estos no son utilizados plenamente. Cláusulas que de por -- sí no tienen de administrativo más que el hecho de incluirse en el contrato por razón de interés público.

Sin embargo creemos que no es difícil apreciar que tal generalización de la cláusula exorbitante y por ende del contrato administrativo hace que quede como único criterio seguro algo que está fuera y -- por encima del propio contrato, como es el interés público, que en todo caso debe satisfacer la Administración, ya contrate privadamente o por medio de un contrato administrativo.

No debe extrañarnos, por tanto, que la teoría del contrato administrativo haya sido objeto de las más diversas críticas que empezaron por formularse por autores coetáneos a sus creadores.

2. Crítica a la doctrina del contrato administrativo.— La figura del contrato administrativo se convirtió muy pronto en un concepto polémico. Entre nosotros, GARCIA ENTERRIA (14) ha podido escribir que: "El concepto de "contrato administrativo" es aún un concepto polémico. Y lo es en el más amplio grado, tanto porque se presenta todavía como una peculiaridad de ciertos sistemas positivos frente a otros que rechazan decididamente la figura, como porque incluso en aquellos sistemas jurídicos en que la institución parecía haber ganado definitiva carta de naturaleza se ha visto recientemente que están prácticamente sin resolver muchos de sus fundamentales problemas, situación que alcanza incluso a poner en cuestión la sustantividad misma de la figura, con la posibilidad de reducirla de nuevo a un conjunto de particularidades de régimen respecto de los simples contratos civiles".

Pero es que, además, la polémica se radicaliza al hacerse — cuestión de las líneas fundamentales del Derecho Administrativo. Como — también ha dicho GARCIA ENTERRIA (15): "La gravedad del problema teórico del contrato administrativo es que en él se viene a condensar el problema entero del Derecho administrativo, y en especial las tres cuestiones centrales de la modulación en su ámbito de instituciones procedentes del Derecho civil, de la posición jurídica de la Administración como sujeto y de la aplicación a la misma del Derecho privado. Por eso, puede decirse sin hipérbole que cualquier concepto del Derecho administrativo debe hacer sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud e, inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del Derecho administra

tivo". Análogas palabras también serán pronunciadas por ENTRENA CUESTA - (16): "La literatura jurídico-administrativa de todos los tiempos y -- países se ha ocupado con singular frecuencia de los contratos celebra-- dos por la Administración Pública. Ello obedece, sin duda, al carácter central de dicho instituto en la teoría general del Derecho Administra-- tivo. Hasta el punto de que puede afirmarse que no existe mejor piedra de toque para averiguar la medida en que un ordenamiento jurídico está dominado por los principios que informan el régimen administrativo, que la de examinar la regulación que nos ofrece de los referidos contratos",

Así pues, la magnitud que se atribuye a la cuestión de la - - sustantividad y caracterización del contrato administrativo es grande y no es de extrañar que se haya dicho que es "uno de los capítulos más de sesperantes del Derecho público" (17).

Por lo mismo, no puede resultar fácil resumir la discusión -- dogmática sobre el contrato administrativo, aunque trataremos de hacerlo en la medida que debemos exponer nuestra posición. Para ello ensayaremos dos direcciones fundamentales sobre las que se puede centrar esta polémica. Una es la negación del contrato administrativo como un verdadero contrato por la desigualdad de las partes a que da lugar el mismo; - la otra es la afirmación de que la caracterización del contrato administrativo respecto del civil sólo se encuentra en elementos formales ajenos a la institución contractual.

A) La desigualdad de las partes en el contrato administrativo.

Acaso la objeción que aparece más inmediata a la sustantividad del contrato administrativo sea la de que en este contrato existe una desigualdad de las partes que no se da en el contrato civil.



Conviene precisar que no se trata aquí de aducir el simple -- hecho de que una de las partes es una Administración que se encuentra -- investida de un poder público y la otra es sólo un particular. La objeción de la diferente naturaleza de los sujetos sólo puede ser útil para cuestionar no el contrato administrativo en particular sino toda la actividad contractual de la Administración, tal como hizo MAYER (18).

Mas de lo que se trata aquí es de poner de relieve que, a diferencia de lo que sucede en los contratos privados de la Administración, en el contrato administrativo ésta no se limita a ser parte como simple persona jurídica sino que, además, despliega o ejerce frente al empresario o contratista particular una serie de prerrogativas o privilegios que derivan directamente de su condición de organización jurídica investida de poder público.

Por ello, se ha entendido mal la objeción, y por tanto se ha contestado mal a la misma, cuando se ha considerado que lo que se criticaba del contrato administrativo era una desigualdad de naturaleza de las partes contratantes.

Así, en nuestro país, se ha interpretado mal la objeción cuando saltando por encima de lo que es un hecho evidente e irrefutable (la disparidad de naturalezas de las partes) se ha querido superarla a base de afirmar todo lo contrario o de dar un nuevo sentido a la desigualdad.

ENTRENA CUESTA (19) ha sostenido que no hay desigualdad de sujetos pues "la naturaleza de los sujetos de Derecho, desde el punto de vista formal pero rigurosamente jurídico, es siempre idéntica: consiste en ser "persona", es decir, titular de derechos y deberes en relación con un determinado ordenamiento". Y el mismo autor añade que: "La

diferencia entre el Estado y el particular no se funda en su diversa naturalaleza, sino en la diversa entidad de las tareas, de los fines y de los poderes que a un sujeto corresponden frente al otro".

La réplica por nuestra parte a este argumento resulta fácil, porque es un puro formalismo sin sentido equiparar la naturaleza del Estado y de la persona individual. Pensamos con DE CASTRO (20) que la -- personalidad es una cualidad que se predica esencialmente del hombre y que sólo traslaticia o analógicamente puede atribuirse a otros entes que son creación del Derecho. A esta diversidad esencial de naturaleza entre las personas individuales y las colectivas o jurídicas, se añade en el caso de la Administración el hecho evidente de que ésta se encuentra revestida de unos poderes que no ostenta en modo alguno el particular.

Otra forma de querer superar la objeción de la existencia de una desigualdad de las partes en el contrato administrativo ha sido empezar por admitir lo que es evidente para después argumentar que la desigualdad es también algo que acaece en la contratación privada.

El mismo JEZE (21) ya afirmó que "el contrato administrativo propiamente dicho supone, esencialmente, dos contratantes que se reconocen en pie de desigualdad". En nuestra patria ha sido MARTIN-RETORTILLO (22) quien ha insistido en que en el contrato administrativo, las partes están en posición desigual, pero que pese a ésto tal figura es un verdadero contrato. Y nos lo explica a base de afirmar que la posición igualitaria de las partes no es esencial al concepto de contrato. El Derecho privado ofrece casos de desigualdad posicional de las partes como es el caso de los contratos civiles de adhesión, pues lo que importa según este autor, no es la igualdad sino la proporcionalidad o adecuación en la prestación.

Sin embargo, tampoco nos pueden parecer válidas estas respuestas al hecho incontrovertible de que en el contrato administrativo se -- produce una desigualdad que no es equiparable al contrato civil o privado.

Por lo tanto, la desigualdad de las partes en el contrato administrativo es constitutiva. Esta figura jurídica fue construída desde el reconocimiento y aceptación de que las partes están, como dijere JEZE -- "en pie de desigualdad". Esto es un presupuesto necesario e indispensable de toda la teoría del "contrat administratif".

No ocurre lo propio en el contrato civil, pues en él la desigualdad que se produce es de "facto" y se mira como repudiable. Ciertamente es que situaciones monopolistas favorecen posiciones desiguales a la -- hora de contratar y de cumplir lo pactado, pero esto es algo contra lo -- que se puede y debe luchar tanto preventivamente, como en la fase del -- cumplimiento del contrato. La sociedad está ofreciendo ya nuevos mecanismos de reacción contra los abusos de la contratación masificada (23) y en todo caso el juez civil puede cuestionar la validez de un pacto por el rechazo que pueda hacer de la situación de preminencia o monopolio de una de las partes.

Por el contrario, en el contrato administrativo es impensable que se cuestione la desigualdad de las partes, pues es algo constitutivo del mismo. Se puede examinar por el juez administrativo si determinados poderes preminentes de la Administración fueron o no bien ejercidos pero no su misma existencia.

Por último, decir que la igualdad posicional en el contrato -- civil debe entenderse como proporcionalidad o adecuación de las prestaciones es una manera ingeniosa de esquivar la realidad de las cosas. En

rigor la igualdad posicional de las partes existe en el contrato civil como exigencia constitutiva del mismo. Las partes han de ser iguales en cuanto sujetos que de modo libre e independiente establecen un precepto regulador de sus recíprocos intereses (24). Esta autonomía de la voluntad es la que presupone una igualdad posicional en el momento de concluir el contrato. Como señala CIANFLONE (25) esto es esencial porque se produce el "in idem placitum consensus" sin que perturbe esta idea fundamental el hecho de que, como consecuencia del mismo contrato, una de las partes adquiera mayores derechos que otro.

Además, la igualdad formal se mantendrá durante la vida del contrato por la necesidad que tiene cada parte de acudir al juez si se produce un conflicto en la interpretación o modo de cumplir el contrato.

Por el contrario en el contrato administrativo, la igualdad posicional está rota de propósito porque la relación contractual no es sólo expresión espontánea de un precepto de autonomía de la voluntad de las partes (lex contractu) sino de la incidencia en esa relación de poderes heteronómicos y legalmente predeterminados, y muy especialmente - el que atribuye a la Administración la posibilidad de decidir de modo inmediato y ejecutivo sobre la interpretación y cumplimiento de lo pactado, asumiendo así la posición de juez y parte.

Que esto es así de incuestionable nos lleva a la segunda crítica formulada contra el contrato administrativo.

B) El contrato administrativo se construye con elementos formales ajenos a la institución contractual.- La afirmación de que el contrato administrativo era una figura contractual con sustantividad propia obligó a demostrar qué es lo que hacía que un contrato administrativo - fuese tal. Demostración que resulta arduo y posiblemente estéril desde

el punto de vista dogmático.

Para JEZE (26) lo fundamental era que este contrato estaba - concebido para asegurar el funcionamiento del servicio público. Lo que se conseguía entendiendo las partes que se han sometido al régimen especial del derecho público por una cláusula expresa, por la misma forma dada al contrato, por el género de cooperación solicitada o por cualquier otra manifestación de voluntad.

Mas si se examina la jurisprudencia francesa, en la que JEZE y sus seguidores quisieron fundar un contrato administrativo por naturaleza distinto del civil, puede comprobarse que nada de sustantivo o material se encuentra como diferenciado del contrato de arrendamiento de obra o de servicios, del contrato de suministro, o del transporte.

Nos parece significativo el caso de la "Société" des granits" resuelta por el Consejo de Estado el 31 de julio de 1912 citado por JEZE (27), que comenta que se trataba de un suministro de adoquines para las calles de una ciudad. El Comisario del Gobierno Leon Blum se planteó la cuestión de determinar si el suministro, considerado en sí mismo, presentaba o no los caracteres de un contrato administrativo, con independencia de que se destinara o afectara de un modo inmediato a un servicio público. Y tras afirmar que los caracteres del contrato administrativo eran bastante difíciles de determinar, consideraba que "el contrato administrativo es el que permanece influido y teñido en cierto modo por el servicio público en vista del cual se ha concluído, el que, por consiguiente, crea y organiza un contrato -cualquiera que sea- entre el cocontratante y el servicio público en cuyo interés se ha celebrado el -- contrato. Aunque (sic) un contrato de suministro sea un contrato administrativo, es preciso, pues, que participe, por poco que sea, de las características del contrato de obras públicas o del contrato de conce-

sión, es necesario que se establezcan relaciones precisas y constantes del proveedor o sus agentes, con el Municipio o con el público. Es preciso que asocie al proveedor, en cualquier medida, con la gestión del - servicio".

Se destaca, por tanto, como signos de la existencia de un contrato administrativo algo tan formal como el quedar "influido o teñido" por el servicio público, lo que también parece que se produce por la participación en los caracteres de otros contratos que como el de obras públicas o concesión están directamente vinculados a un servicio público. Pero, sobre todo, se hace hincapié en que el contratista se asocia, de - cualquier modo, al servicio público.

Pero lo más curioso es que si interrogamos a JEZE por la naturaleza del contrato de obra pública que parece que puede "teñir" también a otros contratos de naturaleza administrativa como el de suministros, tampoco hallaremos en él elementos o rasgos sustantivadores que le hagan diferir de la "locatio conductio operis" del Derecho civil. JEZE (28) considera que el contrato de obras públicas se caracteriza porque presenta cuatro elementos esenciales: 1º es un contrato administrativo; 2º tiene por objeto la ejecución de una obra inmueble; 3º mediante una remuneración en dinero o en cualquier otra forma; y 4º los riesgos están a cargo del empresario. Mas con el enunciado de todos estos requisitos nos -- quedamos sin saber en qué consiste la especialidad del contrato administrativo, pues sólo se afirma que el contrato de obras públicas lo es, y se señalan a continuación unas notas propias del arrendamiento civil de obra.

A semejante conclusión se llega con los autores que posteriormente han mantenido la sustantividad de la figura del contrato adminis--

trativo. Ya vimos que LAUBADERE, al que también sigue FLAMME (29), considera como elemento definidor del contrato administrativo la presencia de una cláusula exorbitante cuya característica identificadora estriba en tener la "marca" del derecho público, lo que se traduce en la inserción de pactos no habituales en el contrato civil, pero no ilícitos necesariamente, por reclamarlo así el interés general.

Sin embargo este intento de identificar la cláusula exorbitante tampoco ha sido el criterio mantenido como definitivo por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, sobre todo a partir del Arrêt Bertin de 20 de abril de 1956, comentado en nuestro país por BUQUERA OLIVER (30), quien citando a LIET-VEAUX observó que el criterio fundamental es siempre el servicio público pues "en la mayoría de los casos, si las cláusulas exorbitantes se manifestaban, era precisamente porque el contrato tenía por objeto la ejecución de un servicio público. En otros términos, estas cláusulas exorbitantes eran el medio de alcanzar el fin: la ejecución del servicio público". El mismo autor francés reconocía la existencia de un criterio puramente formal para identificar las cláusulas exorbitantes de las que se llega a afirmar que "nadie ha sabido nunca exactamente lo que eran".

A la postre la jurisprudencia y la doctrina francesa no han -- avanzado más de lo que hiciera JEZE al señalar como "leit motif" del contrato administrativo el aseguramiento del funcionamiento del servicio público, y de esta forma sigue sin demostrarse que hay de sustantivo o material en este contrato.

La doctrina española recibió la dogmática del contrato administrativo sin grandes críticas, hasta que en el año 1963 PARADA VAZQUEZ (31) y GARCIA-ENTERRIA (32) formulan sus respectivas tesis sobre la figura del contrato administrativo que debemos exponer muy brevemente - -

antes de precisar nuestra propia opinión.

a) La tesis de PARADA VAZQUEZ. -- La investigación histórica -- llevada a cabo por este autor, le ha permitido poner en claro que el -- contrato administrativo no es un contrato sustancialmente diferenciado del contrato civil, pues su primera y más genuina caracterización consiste en su atribución a la jurisdicción especial administrativa por razones prácticas.

En el Derecho francés del "Ancien Regime" ya se produce el -- hecho significativo de que los contratos de obras públicas son sustraídos a la competencia de los Tribunales para ser atribuídos a los Intendentes con apelación ante el Consejo del Rey. Y esto no por una singularidad de régimen de estos contratos sino porque como dice PARADA (33) "los -- Parlamentos Judiciales parece que soportan más pacientemente que en -- otras materias, a pesar de tratarse de un contrato de Derecho Privado, esta limitación de su competencia. Quizás ello sea debido a que la realización de las obras públicas constituía la actividad más normal, más frecuente y más deseada entre todas de la Administración".

Posteriormente con la Revolución se producirá una partición -- de jurisdicciones, encomendándose a los Tribunales ordinarios las relaciones regidas por normas de Derecho privado, según un criterio material (civil, comercial, penal), y a la Administración, según un criterio orgánico, "todas las operaciones que se ejecuten por el Gobierno, por sus -- agentes inmediatos y con fondos suministrados por el Tesoro público -- (arrêté del Directorio de 2 de Germinal del año V). En virtud de esta jurisdicción administrativa se conserva la antigua competencia de los Intendentes sobre el contrato de obra que es heredada en la nueva Administración por los directores de distrito y departamento, por las Administraciones centrales y por los Consejos de prefectura. Sin embargo, no --

todas las cuestiones de los contratos celebrados por la Administración son de la competencia de la jurisdicción administrativa, pues quedan fuera las referentes a la propiedad privada.

Mas lo que destaca PARADA es que los contratos que celebra la Administración y que se sujetan a la jurisdicción administrativa tienen la misma naturaleza que los demás civiles, pues se considera que el Estado, cuando contrata, no trata por vía de autoridad, sino como un particular que contrata con otro particular. Lo único que existe de singular en este tipo de contratos es el privilegio posicional de la Administración que consiste en la facultad que ésta tiene de adoptar toda clase de providencias sobre la relación contractual con fuerza ejecutiva. Y esto se justifica por la necesidad de asegurar que no se producirá una interrupción en la ejecución de las prestaciones que siempre se consideran que acarrearán graves males irreparables.

Por lo que hace a nuestro Derecho, PARADA examina las normas - que se producen principalmente a partir de 1845, año en que se implanta la jurisdicción administrativa especial en nuestro país siguiendo el modelo de partición jurisdiccional que ofrecía el Derecho francés. El estudio del Reglamento del Consejo Real aprobado por Decreto de 30 diciembre 1846, parece fundar la opinión de que se seguía un criterio orgánico para delimitar la jurisdicción administrativa. En cambio, la Ley de 2 de - - abril de 1845, sobre organización y atribuciones de los Consejos Provinciales ofrece el criterio de la finalidad de la obra o servicio público que fue el que prevaleció en nuestra jurisprudencia, ampliándose después con el criterio del interés general. Quedarán fuera de la jurisdicción especial los contratos de gestión del patrimonio privado de la Administración por implicar cuestiones de propiedad cuyo conocimiento corresponde exclusivamente a la Jurisdicción ordinaria.

Pero en todo caso, señala PARADA que el reparto de la competencia sobre los contratos entre una y otra jurisdicción no lleva consigo - la predicación de una naturaleza diversa de unos y otros contratos. La jurisprudencia no dudará en afirmar la naturaleza civil de los contratos que entran en la competencia de la jurisdicción administrativa.

Lo que sucederá en nuestro Derecho es algo similar al Derecho francés. Será la atribución a la Administración del privilegio de la decisión unilateral ejecutiva la que funde una pretendida identidad de naturaleza para el contrato administrativo. El Real Decreto de 27 de febrero de 1852 establece esta prerrogativa, aunque limitándola a los supuestos de incumplimiento del contratista mediante la inclusión en los pliegos de una cláusula habilitante. No obstante, la jurisprudencia del Consejo Real la admitirá con carácter general sobre todo en materia de sanciones.

Este origen histórico del contrato administrativo en nuestro país es lo que permite a PARADA explicar lo que en realidad es la esencia de este contrato:

"... Por medio de esta prerrogativa se sitúa en una posición de superioridad, que si bien, en principio, no tenía por qué afectar al fondo de la regulación del contrato y los derechos y obligaciones de él nacidos no sufren alteración, provoca, por de pronto, una situación de desigualdad de índole procedimental que lleva aparejada para su cocontratante la incómoda posición de eterno recurrente de las decisiones unilateralmente emitidas por la Administración, desplazando sobre él sistemáticamente la carga de recurrir.

Esta posición de ventaja, que supone un anticipo de los poderes del Juez, teniendo su misma extensión y reduciéndole a mero órgano corrector y revisor de las resoluciones ya adoptadas por la Administración se extenderá a todos los contratos de los que se predique la competencia de la Jurisdicción administrativa, determinando su entrada o salida en ella, el --

nacimiento o cese de este privilegio. Así, el órgano jurisdiccional hará dejación provisional de los poderes que el ordenamiento define como propios de la Jurisdicción en una de las partes, la Administración, sufriendo, después, la jurisprudencia y la doctrina el espejismo de verlos como contenido y -- sustancia propia del contrato administrativo o contrato público, convirtiéndose lo adjetivo en sustantivo, el privilegio posicional en norma de fondo, olvidándose la especificidad y singularidad, que el Derecho privado reconoce a cada figura contractual, para predicarse, de todos los que tienen entrada en la Jurisdicción contencioso-administrativa, unas características homogéneas e igualitarias en las que se pretenderá fundamentar una naturaleza diversa y que no son otra cosa esas peculiaridades ..."(34).

Dejamos por el momento a este autor, al que más adelante deberemos volver al explicar nuestra posición.

b) La tesis de GARCIA-ENTERRIA.- Este autor después de constatar también que "los contratos administrativos tienen una equivalencia estructural exacta (y, más claramente, funcional) en los módulos contractuales establecidos en el Derecho privado: por ejemplo, el contrato de obra pública con el de obra privada ..." (35) y que "la distinción contratos administrativos-contratos privados es, pues, exclusivamente en su -- origen una distinción a efectos jurisdicciones y no sustantivos", intenta realizar un nuevo planteamiento de la cuestión vinculándola a la misma concepción del Derecho administrativo y así nos dice:

"La primera objeción a la doctrina sustantivadora del contrato administrativo es que parte de una idea convencional de lo -- que la "autonomía" científica e institucional del Derecho administrativo ha de pretender. Tal autonomía no necesita expresarse en una singularidad radical de sus instituciones sobre las que son propias del Derecho civil, lo que no implica que no sea posible la aplicación de las mismas a otros sectores -- del ordenamiento ni que esta aplicación tenga que comportar -- un régimen institucional radicalmente diferente. En el Derecho Administrativo, como derecho propio de las Administracio-

nes públicas en cuanto sujetos, se modulan las instituciones jurídicas generales conforme a las exigencias de desenvolvimiento propias de tales sujetos, como ya nos consta. El caso del contrato no es el único, supuesto lo cual el problema no ha de plantearse en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia, sino, más sencillamente, sin dramatismo, inquiriendo cuales son exorbitancias o variantes que introducen la presencia subjetiva sobre la abstracta institución contractual" (36).

Queda así enunciada la que puede llamarse teoría de la "modulación". Término este con el que parece que GARCIA-ENTERRIA quiere poner de relieve que más que una transformación (37) de la institución contractual, el contrato administrativo lleva a cabo una adaptación o un -- ensanchamiento de dicha institución para que puedan entrar en ella las -- peculiaridades del régimen administrativo. Idea ésta que también se puede encontrar en nuestros primeros teóricos. FERNANDEZ-VELASCO (38) dice a este respecto:

"Si todo contrato administrativo tiene por objeto un servicio público, la idea de su realización domina a la entidad administrativa y, por tanto, será consecuencia ineludible la de -- que al contrato habrá que darle toda la flexibilidad necesaria para que la Administración pueda cumplidamente, y con toda eficacia, realizar los servicios públicos".

Para GARCIA-ENTERRIA (39) la "modulación" se intensifica en -- determinados contratos administrativos y esto justifica que, por razones pragmáticas, su análisis se atribuya a los Tribunales especializados en Derecho administrativo. Y esa intensidad se produce por una doble exigencia: por las peculiaridades de la Administración como organización pública; y por las singularidades de su giro o tráfico. Lo primero explica -- las reglas especiales sobre formación de los contratos. Lo segundo, la -- tipicidad de una serie de contratos, las derogaciones de las normas comunes favorables a los contratistas, la fuerza diferente de la noción de --

"orden público" como límite a los pactos, pero sobre todo la prerrogativa de la decisión unilateral y ejecutoria y las exorbitancias que suponen el "ius variandi" y determinados efectos del contrato respecto a terceros.

Así pues, GARCIA-ENTERRIA dirá que "la esencia misma del contrato administrativo radica, precisamente, en las modulaciones que la presencia de una Administración Pública actuando en el ámbito de su giro o tráfico específico introduce en la institución contractual".(40)

c) El contrato administrativo como contrato "deformado".- Históricamente parece fuera de toda duda que el contrato administrativo no se diferenciaba del civil, pues su única singularidad estribaba en que conocían de sus cuestiones un juez especial, fuese este un órgano de la misma Administración o de la propia organización judicial. No era pues un problema de naturaleza sino de carácter práctico el que justificaba ese régimen excepcional de jurisdicción. Esto es perfectamente constatable precisamente en el caso del contrato de obras públicas, que por la singularidad de su objeto tanto en el aspecto técnico como económico, reclamaban de una cierta especialización y también de una rapidez en las soluciones, cosas ambas que no aseguraba la jurisdicción ordinaria.

Este origen jurisdiccional del contrato administrativo puesto en claro por PARADA, se complicará por un hecho que es más político o sociológico que realmente jurídico, como fue que la Administración hiciese valer el privilegio de la decisión unilateral e inmediatamente ejecutiva, fundándolo en la necesidad de asegurar el funcionamiento del servicio público, finalidad que obviamente siempre había estado presente en los contratos directamente relacionados con el mismo como eran los de obras públicas.

Al lado de este hecho político, se fue produciendo una jurisprudencia especializada en la que se estudiaban las singularidades propias de estos contratos celebrados por la Administración pero sin que ésto su pusiera la aplicación de normas de fondo ajenas al Derecho civil.

Será precisamente esta jurisprudencia la que proporcione a la doctrina científica, los datos o los elementos para la construcción de la figura del "contrato administrativo" como diferente del contrato civil, dando lugar a que desde que lo ideara JEZE, a principios de siglo, hasta nuestros días, no hayan cesado la crítica o la revisión de dicha figura contractual. No ha de resultar, pues, fácil decir algo nuevo o diferente de lo que ya se ha dicho o escrito.

Por nuestra parte queremos empezar por señalar que el contrato administrativo es una construcción doctrinal y jurisprudencial realizada esencialmente sobre elementos extraños a la institución contractual y quizás sea éste el principal motivo de que se haya calificado a este contrato como "institución enigmática" (41), pues verdaderamente ~~enigma~~ es -- que pueda entenderse como contrato aquél en que una de las partes es al mismo tiempo juez y parte. Si pese a esto el contrato funciona como tal es porque la bondad de esta institución básica del Derecho está fuera de toda duda.

A nuestro juicio no basta con decir que el contrato administrativo es una modulación o flexibilización del contrato civil, como ha pues to de relieve GARCIA-ENTERRIA, lo que en nuestro caso equivaldría a de-- cir que el c.o.p. es una modulación del contrato civil de arrendamiento - de obra, pues esta modulación sólo cabe apreciarla en lo que constituye el contenido típico de estos contratos. Los contratos administrativos, y muy singularmente el c.o.p. en cuanto constituyen una parte importante -

de lo que GARCIA-ENTERRIA denomina el giro o tráfico de la Administración, recogen cláusulas que resuelven problemas o satisfacen intereses que son específicos de esta actividad contractual, y aunque tengan una última justificación en el interés público que siempre está presente en la acción de la Administración, lo cierto es que dichos pactos se diferencian de los que pueden surgir en un simple contrato civil de arrendamiento de obra. En definitiva, esta modulación es un fenómeno paralelo al que se ha producido en otros campos del Derecho, como es el caso de -- los contratos mercantiles, por ejemplo; pues una compraventa mercantil -- no se distingue sustancialmente de una compraventa civil, toda vez que -- lo que singulariza aquélla es esa pertenencia al giro de un comerciante y en la posible inclusión de cláusulas que demanda la rapidez o la eficacia del tráfico mercantil.

Mas dejemos por el momento este aspecto innegable de la modulación que el contrato administrativo comporta, para destacar que lo que tiene de relevante este contrato es algo puramente formal y ajeno o extraño a la institución contractual, y en este sentido no es que el contrato administrativo module el contrato sino que más bien lo deforma.

La deformación del contrato civil no es consecuencia inmediata de que una de las partes sea la Administración, pues si así fuera ésta no podría contratar en ningún caso ya que ella no puede dejar de ser lo que es, por un principio elemental de identidad. La deformación se produce porque la Administración ostenta y pone en práctica en este contrato la prerrogativa de decidir unilateralmente y con fuerza ejecutiva, sobre cualquier cuestión relativa a su perfección, modificación, extinción e -- interpretación, de tal modo que quien con ella contrata no sólo es una -- parte sino como ha dicho PARADA un "eterno recurrente".

Así pues, nos parece evidente que se ha creado una figura contractual a base de incrustar en la institución del contrato algo tan ajeno a él como es el privilegio de la autotutela administrativa. Del contrato civil, o del contrato en general, se puede tener la idea que se requiera, pero sólo será un verdadero contrato si las partes pueden establecer la propia regulación de sus intereses refiriéndolo después a un juez imparcial en su inteligencia y cumplimiento, de aquí el principio de que "la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" (artículo 1256 CC), pues si esto fuese posible se perdería algo tan esencial como es la identidad de las prestaciones a cargo de cada parte. En cambio, el contrato administrativo encierra esta posibilidad y no como algo incidental sino como querido de propósito, pues es constitutivo del mismo la presencia de una Administración que ejerce su prerrogativa de decisión unilateral y ejecutiva.

Tal prerrogativa no supone sólo un privilegio de orden procedimental, que ya es bastante, ni un simple modo de ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato. Este privilegio supone que la Administración de modo directo y vinculante para el contratista puede dar órdenes, mandatos, instrucciones sobre su interpretación del contrato, lo que se traducirá para el contratista en una obligación de dar o de hacer que a lo mejor ni siquiera esté prevista en el contrato, y otro tanto ocurre respecto de la modificación de la prestación convenida, o sobre la conclusión del mismo vínculo contractual. De tal modo esto es así que puede superponerse al esquema de derechos y obligaciones nacidos de la "lex contractus", otro paralelo cuya fuente está en la voluntad privilegiada de la Administración, aunque ésta no tenga la última palabra y quepa la revisión jurisdiccional de sus decisiones.

Esta deformación de la institución contractual lleva, pues, a

la convivencia de dos planos de intelección y actuación en las relaciones entre las partes como son, de un lado, la autotutela administrativa y su procedimiento "ad hoc" y, de otro, la bilateralidad y reciprocidad de unas prestaciones fruto de un acuerdo de voluntades. Claro que aquí cabría repetir la famosa frase "e pur si muove", pero ésto no es tanto mérito del ingenio administrativo como de la permanente validez del contrato, hasta el punto de que el "contrat administratif" ha podido ser admitido como institución singular en el Derecho positivo, como tendremos ocasión de estudiar.

Por otra parte, las llamadas por la doctrina francesa "cláusulas exorbitantes" pueden existir por la posición de las Administración como organización pública. Esta es también un hecho que han acertado a destacar GARCIA-ENTERRIA y PARADA.

PARADA (42) ya advirtió que algunas prerrogativas de la Administración son poderes externos que están al servicio de lo acordado -- por las partes o de los principios generales de la contratación; son -- prerrogativas, dice este autor, sin pretensiones sustanciales, como son la rescisión por motivos de legalidad o de lesión, el poder de interpretación y el de sanción o vigilancia; son poderes "ad extra" --añade--, -- son un simple anticipo de los poderes del órgano jurisdiccional. En cambio, señala también PARADA que hay otros poderes que indican "no sólo -- una posición de privilegio, sino lo que es más peligroso para la institución contractual, unos privilegios de fondo , sustantivos, de tal intensidad que impiden seguir denominando seriamente con el término de -- contrato a aquella relación jurídica en cuyo seno son incondicionalmente admitidos; como puede suceder con la rescisión y la modificación del contrato por simples circunstancias de interés público apreciadas por la Administración.

Por su parte, también GARCIA ENTERRIA ha puesto de manifiesto que el "ius variandi" sólo tiene singularidad administrativa cuando es expresión de una potestad expropiatoria o reglamentaria, pues concretamente en el c.o.p. el "ius variandi" es reflejo del derecho de desistimiento unilateral reconocido al "dominus operis" en el arrendamiento civil de obra (artículo 1594 CC) (43). Otras veces las exorbitancias se refieren a terceros, como son las ocupaciones temporales, la percepción de tarifas, la imbagabilidad de certificaciones, etc., aunque el mismo autor señala que son efectos "ex lege" y no "ex contractu".

Es decir, las exorbitancias que uno y otro autor analizan no parece que se deban a razones materiales o de fondo sino más bien a la posición privilegiada de la Administración.

Nosotros también creemos que esto es así aún en los casos en que pudiera parecer que la prerrogativa no aparece directamente.

Desde luego hay que precisar que el poder de modificación, dirección y sanción no ofrecen sustantividad propia respecto de los que normalmente dispone el dueño de una obra privada. El contenido material de estos poderes no difiere en esencia de los que aparecen en la contratación privada e incluso responden a la misma finalidad, que la obra se realice conforme al proyecto en el precio y plazo convenidos. La dife--rencia entre estos poderes según procedan de un contrato administrativo o civil está en que, en el primero, se imponen ejecutivamente al contratista a quien no le cabe otra posibilidad que recurrir contra la deci--sión administrativa.

Mas en otros casos también es la posición, y aún más, la propia naturaleza de la Administración investida de poder jurídico y económico, lo que explica que adopte ciertas medidas "exorbitantes" en favor

del contratista, que como señala GARCIA-ENTERRIA (44) no es que estén - determinadas por un inesperado espíritu paternalista de la Administración, sino porque ella misma obtiene un beneficio. Esto ocurre con las indemnizaciones por causa de fuerza mayor, pues sólo la Administración como tal puede asumir el papel de aseguradora de estos riesgos o con la inembargabilidad de las certificaciones por estar implicados fondos públicos, por citar dos ejemplos característicos.

En cambio, difícilmente se encuentran razones "públicas" en -- otros ejemplos de exorbitancias como son el régimen de pagos a cuenta, que se practica indistintamente en la contratación privada y la pública o el sistema de doble recepción de la obra (provisional o definitiva), - con un período de garantía, que es igualmente conocido y practicado en el contrato de obra privada.

Por consiguiente, se puede concluir que el contrato administrativo en su estructura esencial es una construcción fundada en los esquemas conocidos secularmente de la contratación civil, a los que se le -- distoriona con el añadido o incrustación de unos poderes administrativos que se ejercen por cauces procedimentales, y por tanto ajenos a la institución contractual que soporta pacientemente tan forzada construcción.

3. La función del contrato administrativo.- Si la estructura del contrato administrativo no puede merecer elogios, no ocurre lo mismo con su función, y siendo en este aspecto por donde se descubre la dimensión completa de esta figura y lo que explica también su eficacia y su juego en algunos sistemas jurídicos como el nuestro.

El contrato administrativo lleva a cabo, como señalamos más - arriba, una verdadera modulación del contrato civil en la medida en que,

unas veces con más rigor que éste y otras con más flexibilidad, soluciona las cuestiones o problemas que suscita la realización de las obras de ingeniería o edificación, por citar las que merecen con mayor propiedad el nombre de obras públicas o civiles. En lo que a nosotros importa, que es el c.o.p., se puede advertir que este contrato administrativo básico lleva a cabo una configuración más amplia y más acabada que la que supone el arrendamiento civil de obra. La Administración al instrumentalizar el contrato civil, lo ha perfeccionado mediante la aplicación de unas -- técnicas que a base de repetirse en los pliegos de cláusulas se fueron -- primero tipificando y después legalizando.

Mientras que la regulación del contrato civil de obra queda -- limitada en nuestro Derecho a unos escasos artículos del CC, la regulación administrativa se fue adaptando a impulso de las exigencias técnicas y sociales. De este modo los contratos administrativos han asumido un papel, directivo, especialmente en el campo de las obras públicas.

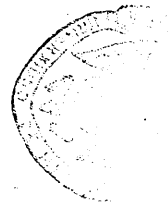
La misma parquedad de la regulación civil ha dado lugar a que se produzca un "Derecho vivo" de la contratación de las obras reflejado en las cláusulas de los contratos que a diario se pactan. Pues bien, ca da vez es más frecuente que los particulares incorporen soluciones que se han encontrado hace tiempo en la esfera de la contratación administrativa. E incluso se llegan a producir remisiones en bloque a normas -- administrativas que llenan así las lagunas dejadas por el Derecho civil, como puede ser el caso de la revisión de precios. Por otro lado es fácil encontrar hoy en los contratos privados previsiones que contemplan aspectos tan típicos del c.o.p. como son la comprobación del replanteo, la programación de los trabajos, la suspensión de las obras, la fuerza mayor, la recepción de la obra, etc. Por consiguiente, el contrato admi nistrativo, y por lo menos, el contrato administrativo por excelencia, que es el c.o.p. viene cumpliendo una función que desborda la propia --

esfera administrativa, y es en este aspecto donde puede encontrarse lo que es más singular en este contrato.

Sin embargo, la identidad de fondo que existe entre el contrato civil y el administrativo explica un fenómeno de índole contraria al que nos acabamos de referir y pone una vez más de manifiesto que el contrato administrativo sólo supone una diferenciación formal respecto del civil. Hoy la Administración como tal lleva a cabo obras destinadas "per se" a un fin público, sin utilizar el contrato administrativo y las prerrogativas que el mismo implican, y pese a ello las obras se culminan sin mayores problemas. Dos ejemplos nos parecen significativos a este res--pecto. Uno es el de las autopistas construídas recientemente en nuestro país en régimen de concesión, en base a contratos estrictamente civiles celebrados entre el concesionario y el contratista (45). El otro, las obras portuarias en régimen de autonomía que se contratan de acuerdo con las normas del Derecho civil (46).

Pues bien, estos hechos evidencian que si es posible este intercambio de técnicas administrativas y civiles en menos de una misma - Administración y manteniéndose siempre el fin público de las obras, es porque no hay diferencia sustancial alguna entre un contrato civil y -- uno administrativo.

Recientemente, la doctrina francesa ha podido destacar que la similitud entre el "contrat d'entreprise" (civil) y el "marché de travaux publics" es enorme. LLORENS (47) ha realizado una comparación --- exhaustiva entre ambos contratos y ha podido afirmar que esta confrontación "montre que le contrat d'entreprise et le marché de travaux publics sont infiniment plus semblables qu'ils ne sont différents". Este estudio comparativo le ha permitido afirmar a LLORENS (48) la identidad --



casi absoluto de ambos contratos desde el punto de vista de las estipulaciones tanto por la polivalencia de los pliegos de cláusulas como por la uniformidad de los mismos. Además, también ha observado este autor - la falta de oposición de las normas legales y reglamentarias que rigen ambos contratos, produciéndose asimilaciones en materias fundamentales como son la de precios y el pago directo a los subcontratistas y, sobre todo, se observa no oposición sino una "échelle de publicisation" a medida que se avanza desde los contratos celebrados por los particulares, - pasando por los de las sociedades de economía mixta y de los establecimientos públicos nacionales de carácter industrial y comercial, hasta - llegar a los contratos de las Comunidades Locales y por fin del Estado. Y si todo esto es así en el criterio de LLORENS, también se destaca por éste la similitud de los dos contratos en el plano de la jurisprudencia, cuyo estudio revela igualmente una preponderancia de semejanzas como advierte LLORENS (49): "Qu'il s'agisse d'adjudication, de situations pre contractuelles, de condition d'exécution du contrat, de la sanction, ou de responsabilité contractuelle, les juridictions judiciaire et administratif se pronocent dans le même sens".

Todo esta nos lleva a formular de nuevo la pregunta de ¿por qué existen entonces unos contratos administrativos diferenciados de los civiles cuando la similitud entre ellos es tan sustancial?. A nuestro juicio la única respuesta válida es la misma que se daba en el origen de es ta dualidad: Existen contratos administrativos junto a los civiles, porque existen dos jurisdicciones, civil y administrativa. Pero es obvio que el que existan dos jurisdicciones ya no es un problema jurídico sino político que excede de nuestro estudio.

4. Conclusión.- El contrato administrativo no es más que aquel tipo de contrato que celebra la Administración pública, manteniendo las

prerrogativas de interpretación, modificación y extinción del mismo, -- ejercitables mediante decisiones unilaterales y ejecutivas, manteniéndose en lo demás las características del tipo de contrato civil o mercantil que aquélla utiliza para atender fines públicos.

No basta, a nuestro juicio, el simple criterio de la presencia de la Administración como parte en el contrato, puesto que ella también es parte en los contratos privados.

Como tampoco basta el fin público que la Administración persigue, sea un uso público o un servicio público en el más amplio sentido, pues en nuestro caso existen obras que se destinan al uso público (carreteras, puertos, etc.) o a un servicio público (una emisora estatal de televisión, por ejemplo) que, sin embargo, se contratan con arreglo al Derecho privado.

Estos dos criterios subjetivo y objetivo deben, pues, completarse con la existencia de las prerrogativas indicadas. Esto es lo que sigue justificando la existencia del contrato administrativo y es la razón de ser de que exista para los mismos una jurisdicción especial por medio de la cual se fiscalice el ejercicio de los poderes administrativos. Este es el verdadero núcleo de la "exorbitancia" del contrato administrativo respecto del contrato civil. Las demás exorbitancias o modulaciones son el reflejo de la riqueza de la autonomía de la voluntad que aunque con ciertas restricciones también existe en el contrato administrativo, siendo ésto lo que da lugar al hallazgo de soluciones o técnicas que por su bondad o validez se propagan también a la esfera privada de la contratación.

III.- EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA COMO ARRENDAMIENTO DE OBRA.-

Si el carácter de contrato administrativo que tiene el c.o.p.

nos ha revelado un aspecto de su naturaleza eminentemente formal y problemático, su condición de arrendamiento de obra nos ofrece, por el contrario, un aspecto sustancial y perfectamente definido.

Por virtud del c.o.p. -decíamos en la definición propuesta al principio- una de las partes llamada contratista o empresario, se obliga, con organización y medios propios, a ejecutar una obra inmobiliaria, a cambio de un precio cierto en dinero que se compromete a pagarle una Administración pública. Se establece así el esquema típico del contrato de arrendamiento de obra que conoce el Derecho civil, heredado del Derecho romano.

Es interesante destacar que la "locatio conductio operis" del Derecho romano surgió históricamente en el campo de la ejecución de las obras públicas para llegar a ser después una figura típica del Derecho privado (50.); por donde, una vez más, se descubre la pertenencia del c.o.p. a los dos ámbitos del Derecho, esto es, al Derecho público y al Derecho privado y, al mismo tiempo, también se percibe que esa "summa divisio" del Derecho no excluye su unidad fundamental.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que esta unidad fundamental del Derecho quedaba reflejada en el Derecho romano en la unidad de sus instituciones. Tal era el caso de la "locatio conductio" respecto de la cual los juristas romanos no se preocuparon tanto de su sistematización como de distinguirla de la compraventa (emptio-venditio). Así pues, la distinción tripartita de "locatio conductio rei", "locatio conductio operarum" y "locatio conductio operis" es muy posterior y no se consolida prácticamente hasta el siglo XVIII para quedar consagrada en el Código Civil francés (51). También nuestro Código Civil recoge esta tripartición del arrendamiento, al decir que "el arrendamiento puede ser de cosas, de obras o de servicios". (artículo 1544 CC).

Mas establecida hoy esta triple distinción en el arrendamiento, forzoso es conocer lo que singulariza al arrendamiento de obra del que el c.o.p. no es más que una variante por razón del objeto.

1. La obra como resultado del trabajo.- Nota común a los tres tipos de arrendamiento es la de proporcionar un determinado goce o disfrute a cambio de un precio. Si el objeto cedido para el disfrute es -- una cosa, estará en presencia de un arrendamiento de cosa. Pero la idea del disfrute se complica cuando lo que se contempla como objeto del -- mismo es la actividad de una persona. Surge entonces la distinción entre el arrendamiento de servicio y el de obra, según como se conciba el tipo de prestación personal que ha de proporcionar utilidad a la otra parte.

Si se contrata la prestación de una determinada actividad independientemente del resultado que pueda proporcionar, estaremos en presencia de un contrato de arrendamiento de servicio. Si lo que se contrata es la prestación de una actividad en cuanto que proporciona un determinado resultado, estaremos ante un arrendamiento de obra. Claro que esto no significa que en el primer caso se prescinda por las partes de todo resultado a obtener con la actividad o servicio contrato. Es obvio - que si el servicio no proporciona el resultado que se espera de él, no será, pese a ello, considerado útil por sí mismo. Lo que ocurre en el - arrendamiento de servicios es que el resultado sólo se mide por su correspondencia a un tipo determinado de actividad y queda relegado al campo - de los motivos que jurídicamente son irrelevantes (52).

Si, por el contrario, las partes convienen en que con la actividad se ha de obtener un determinado resultado consistente en la creación de una "res nova", nos encontraremos con el arrendamiento de obra.

Ciertamente el resultado se obtiene con la prestación de una determinada cantidad de trabajo o servicios, más esto es algo que en esta hipótesis también queda relegado al campo de los motivos.

Este carácter de contrato de resultado (53) es básico para entender también el c.o.p., en el que el contratista se obliga a realizar y entregar a la Administración una obra completa y terminada, siendo ésto lo -- que constituye la prestación típica de este contrato, pues la otra prestación, es decir, el pago de un precio es común a otros muchos contratos.

La determinación del resultado a obtener en el c.o.p. no presenta dificultad pues la "res nova" consiste en una obra pública, bien sea su construcción, reparación, mantenimiento o mejora. Sin embargo, conviene hacer alguna precisión sobre este aspecto definidor de la naturaleza del c.o.p.

En el c.o.p. el resultado que es relevante es la ejecución de una obra inmobiliaria definida en un proyecto. Materialmente no existe ninguna diferencia entre el objeto del c.o.p. y el objeto de un contrato en obra privada también de carácter inmobiliario. En cambio, se nos puede decir que formalmente sí hay diferencia porque la obra en el c.o.p. -- es pública por estar destinada a un uso o servicio público, o a un fin -- público sin más. Sin embargo este "plus" formal no altera la naturaleza material del objeto del c.o.p. y tampoco trasciende jurídicamente al resultado que debe obtener el contratista.

El contratista cumple el contrato y queda por tanto liberado -- de su obligación con la ejecución de la obra ajustándose al proyecto. Que la obra así realizada puede cumplir o no el fin público que la Administración pretende satisfacer, es algo que no entra en el resultado prometido por el contratista, porque no es objeto del contrato el funcionamiento

de un servicio público o la satisfacción de un fin público, sino la -- ejecución de una obra que es el medio o instrumento de atender esa satisfacción. Si la obra realizada es la proyectada debe ser recibida. Es -- pues el proyecto, y no la ulterior satisfacción de un servicio público, lo que sirve de contraste para determinar si el resultado prometido por el contratista se ha logrado o no. Por ello una obra inacabada puede ser puesta en servicio, aunque sea parcialmente, si a la Administración le interesa y, a la inversa, una obra debe ser recibida si está acabada -- conforme al proyecto aunque después no se ponga en servicio o éste no lo satisfaga.

Por consiguiente, el carácter público de la obra no trasciende al contenido de la prestación del contratista, lo que no quiere decir que el elemento del fin o servicio público no forme parte del contrato, pues como ya sabemos es este elemento el que modula o deforma el esquema contractual del arrendamiento civil de obra, y sobre todo este elemento es el que juega esencialmente para determinar el requisito de la competencia de la Administración para contratar y de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de este contrato.

Por último, la naturaleza del c.o.p. como contrato de resultado también explica otra nota fundamental del arrendamiento de obra y, -- por tanto, del c.o.p. Si lo pactado es la obtención de un resultado final y no la actividad que es necesaria para obtenerlo, la pérdida, destrucción o daño que la obra puede sufrir (*periculum rei*) debe soportarla el contratista, salvo que hubiera morosidad en recibirla por parte -- del dueño, una vez terminada (artículos 1589 y 1590 CC). En el c.o.p. -- también rige este principio civil que se flexibiliza al determinarse -- unos casos típicos de fuerza mayor en los que la Administración puede -- ser obligada a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el contratista actuando así de asegurador, primero porque tiene capacidad económica ~~para~~

cubrir esos riesgos, y segundo, porque entiende que esto le es más beneficioso que tener que soportar el encarecimiento de las ofertas por la repercusión en ellas del precio de los seguros que en otro caso tendría que soportar el contratista y, por último, porque así también se trata de evitar el riesgo de una posible paralización de la actividad del contratista que redundaría en perjuicio del interés público. Por lo demás en el c.o.p. la fuerza mayor, como en el contrato civil de obra, puede ser también causa determinante de una imposibilidad sobrevenida (artículo 1182 CC) para la obtención del resultado que de este modo quedaría - así definitivamente frustrado.

2. Autonomía y riesgo del contratista.- Cuando el arrendamiento tiene por objeto el disfrute o utilización de determinada actividad o servicio personal se establece a su vez la distinción según que el -- trabajo que se presta sea autónomo o subordinado de quien vaya a beneficiarse de él. El arrendamiento de servicios tiene su mayor grado de subordinación en el contrato de trabajo, en el cual existe una relación - de dependencia entre el patrono y el trabajador; en cambio la autonomía es nota característica de los servicios propios de profesiones independientes o liberales.

Como en el contrato de obra existe una prestación de actividad, aunque lo relevante jurídicamente sea el resultado que con ella - se obtiene, también puede examinarse el grado de autonomía o subordinación que en él se produce.

En el arrendamiento civil de obra la autonomía del contratista o empresario es elemento esencial del contrato, pues el resultado que se promete (la obra) se ha de obtener con organización propia de los medios necesarios. El contratista goza de autonomía para disponer de la manera

que tenga por conveniente de cuantos factores, humanos y materiales, - -
hayan de intervenir en la ejecución de la obra. La autonomía propia de -
toda empresa lleva también consigo que el riesgo de un mayor o menor cos
te de la obra y, por tanto, de una ganancia o pérdida, sea por principio
de cuenta del contratista sin que puedan ser trasladadas estas consecuenen
cias adversas o favorables a la otra parte. Esta es la razón de ser del
principio del riesgo y ventura que no es, pues, ninguna singularidad ad-
ministrativa sino consustancial a la naturaleza del contrato de arrenda-
miento de obra.

Desde luego esta autonomía del contratista no es absoluta en -
el arrendamiento civil de obra, pues en la práctica el comitente o dueño
de la obra no suele ser un simple observador de la actividad que despliega
el contratista sino que se reserva unos poderes de control o direc- -
ción que ejercita por medio de personas técnicas a su servicio. Lo que -
ocurre es que cuanto más intenso sea ese control o dirección mayor será
también la participación del dueño de la obra en la responsabilidad de -
la correcta ejecución de la obra.

En el c.o.p. el contratista es también, por definición, un em-
presario cuyo trabajo es autónomo, por lo que el riesgo de un mayor cos-
te de la obra que se compromete hacer o la ventura del beneficio que con
la misma puede obtener es de su cuenta. Como tendremos ocasión de estu--
diar este "periculum obligationis" se ha pretendido considerar como defii
nitorio del c.o.p. a través de la formulación del principio del riesgo y
ventura que proclama nuestro Derecho positivo.

Sin embargo lo singular del c.o.p. no es tanto que exista una
autonomía del contratista con la contrapartida del riesgo y ventura a su
cargo, sino en el hecho de que, por un lado, la Administración intervie-
ne más intensamente que lo puede hacer un "dominus operis" de carácter

privado, como consecuencia de las prerrogativas de interpretación y modificación del contrato cuyo ejercicio se hace a través de la prerrogativa formal de la decisión unilateral y ejecutiva. De otra parte, no es difícil comprender que el riesgo y ventura del contratista se convierta en zona polémica del contrato pues el contratista propenderá a implicar a la Administración en los resultados adversos de su empresa en la medida en que interprete que ello se deba a la intervención o injerencia de ella. Por su parte, la Administración tenderá también a desconocer cualquier reclamación que el contratista le haga, pues ella sólo tendrá conciencia de que lo único que debe pagar es la obra prometida una vez concluida. En esta dialéctica, fácil es averiguar que quién lleva siempre la mejor parte es la Administración, pues el privilegio de la decisión ejecutiva hace que funcione el principio "solve et repete", y que al contratista no le quepa pues otro remedio que el de recurrir.

Sin embargo, existen remedios jurisprudenciales y legales que tratan de corregir el desequilibrio que puede producir la injerencia de la Administración en el contrato e incluso, de modo más amplio, dando lugar a que el riesgo económico que corre el contratista en virtud de su autonomía empresarial, se vea agravado. Las indemnizaciones por suspensión de las obras, por la modificación del proyecto, por desistimiento unilateral y, asimismo, las compensaciones por incremento de los precios de mercado (compensación, actualización y revisión de precios) procuran, aunque no sea plenamente, restablecer el equilibrio económico del contrato, por una razón elemental de justicia. Todas estas técnicas indemnizatorias y compensatorias han dado lugar a que se señale como característico del c.o.p. y más ampliamente del contrato administrativo el llamado principio del equivalente económico (54) que no es otra cosa que el remedio de evitar que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de quien agrava la situación económica del contratista como empresario, es decir, la Administración.

3. Precio cierto.- El arrendamiento de obra es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo por cuanto el comitente o dueño de la obra debe pagar un precio cierto en dinero al empresario o contratista.

Como señala CIANFLONE (55), el precio en dinero es la prestación atípica por excelencia en los contratos bilaterales, pues no tiene fuerza o virtud informante del tipo de negocio. Por ello cuando la prestación es de una cosa diferente del dinero, estaremos en presencia de un contrato atípico o mixto.

El precio debe ser cierto (artículo 1544 CC), lo cual no quiere decir que debe estar completamente determinado en el momento de la celebración del contrato. Basta con que el precio sea determinable, lo cual hace posible que existan diversas modalidades del mismo: precio alzado o "a forfait", por unidad de obra, por administración, etc.

El carácter bilateral del contrato determina que cada prestación (la obra y el precio) sea correlativo de la otra, por lo que existe un verdadero sinalagma que justifica la resolución del contrato en caso de incumplimiento o de imposibilidad sobrevenida (artículos 1124 y 1182 CC). Ahora bien, el precio sólo es debido al contratista cuando éste ha cumplido con su obligación, esto es, cuando la obra ha quedado realizada. Así pues, el precio se paga "postnumerando", como consecuencia de la esencia del arrendamiento de obra; ya que es necesario un determinado tiempo para que la obra sea ejecutada, a cuyo término podrá producirse la entrega recíproca de la obra y del precio (56). Económicamente, esto supone que el contratista corre el riesgo de la anticipación de su prestación, lo cual se compensa en la práctica por medio de los pagos a buena cuenta del precio total.

El arrendamiento de obra es, además, un contrato conmutativo -

porque la entidad objetiva de la prestación de las dos partes está siempre determinada o es determinable en base a criterios objetivos preestablecidos y no en función de hechos futuros e inciertos (57). Por otra parte ya sabemos que el álea o riesgo del contratista, es decir, la posibilidad de un mayor coste de la obra que el inicialmente previsto, no determina una incertidumbre en el precio, pues éste sólo en casos especiales es posible modificarlo.

En el c.o.p. también se dan estos rasgos característicos del arrendamiento de obra en cuanto al precio que en él se pacta. La certeza del precio es también requisito indispensable (artículos 110 LCE y 30 -- RCE) y asimismo se acepta la determinabilidad dando lugar a diferentes modalidades de fijación del precio que coinciden con las que se practican en el arrendamiento civil de obra.

Ahora bien, el c.o.p. presenta unos rasgos peculiares en la bilateralidad y conmutatividad del contrato.

En la bilateralidad porque se quebranta el llamado sinalagma genético (58) de tal suerte que el incumplimiento del contrato por la Administración no justifica el retraso o la paralización de las obras por el contratista. La "exceptio non ~~en~~ dimpleti contractus" (artículo 1124) no juega pues en el c.o.p. Es esta una de las que cabría llamar "expropiaciones" realizadas por la Administración dentro de la economía normal del contrato bilateral que es el arrendamiento civil de obra.

Por lo que respecta a la nota de la conmutatividad, el c.o.p. ofrece la peculiaridad de una reglamentación de la que, en cambio, carece el arrendamiento civil de obra. Técnicas como la de la mayor dificultad de ejecución de la prestación ("sugétions impreuves") y la revisión de precios, constituyen en un ámbito jurisprudencial y legal, exponentes

de una preocupación especial por mantener el equilibrio económico de las prestaciones conjurando el álea interna o técnico del contrato y el álea externo o de mercado. Estos logros hoy también se extienden al ámbito de la contratación privada de obras por medio de pactos "ad hoc", siendo -- deseable que en el futuro existiesen en ésta como en otros casos una regulación homogénea y válida para la construcción de las obras cualquiera que sea el dueño de las mismas.

IV.- FUENTES NORMATIVAS.-

El esfuerzo dogmático realizado con el propósito de configurar el contrato administrativo como una institución unitaria, no ha sido -- correspondido en el Derecho positivo con una regulación unificada y armónica. El Derecho español ofrece hasta tres órdenes de regulación que aunque no divergentes sí ofrecen criterios diferentes en algunas normas. Esta diversidad de regulaciones se produce en torno a los tres ámbitos fundamentales de la Administración Pública; es decir, la Administración del Estado, la Administración Local y la Administración Autónoma (artículos 103 y 137 CE).

Así pues, la regulación positiva del c.o.p. debemos buscarla en los tres órdenes normativos indicados, aunque advirtiéndole que la legislación básica sobre contratos administrativos y, por tanto, sobre el c.o.p., es materia reservada a la competencia exclusiva del Estado según dispone el artículo 149.1. CE.

1. Normas estatales.- En el año 1963 se produjo en nuestro -- país una nueva orientación en la regulación de la contratación administrativa. Hasta entonces los contratos administrativos del Estado estaban regulados en el capítulo V de la Ley de Administración y Contabili-

dad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, en el que se regulaban principalmente los procedimientos de selección de contratistas, no existiendo una regulación administrativa sobre el fondo o contenido de estos contratos. Por debajo de esta Ley existían diversos Pliegos para la contratación en distintos Departamentos ministeriales, en los que destacaba el Pliego de 13 de marzo de 1903 para la ejecución de obras dependientes del Ministerio de Obras Públicas. De la bondad de este Pliego da buena cuenta el hecho de que ha estado vigente más de sesenta años.

La publicación de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963, inicia una nueva etapa caracterizada por la -- aceptación de la figura del contrato administrativo, regulando no sólo la fase de selección de ofertas, sino también la preparación y posterior ejecución del contrato hasta su conclusión.

La Exposición de Motivos de esta Ley de Bases enfatizó sobre la sustantividad del contrato administrativo frente al contrato civil, pues se decía que configuraba a los contratos del Estado "como una categoría independiente con alejadas raíces del Derecho privado". Afirmación que encontró inmediatamente eco en la doctrina y así CARRETERO PEREZ (59) podía decir: "La Ley de Bases de Contratos del Estado caracteriza actualmente el contrato administrativo por su sumisión preferente al Derecho administrativo, cualidad originaria que otorga a los contratos del Estado su perfil institucional y los configura como categoría -- independiente, alejada del contrato civil, que sigue aportando su valor secular: su esquema jurídico".

La Ley de Bases fue posteriormente articulada en el texto que aprueba el Decreto de 8 de abril de 1965, en donde quedan regulados, -- principalmente, tres tipos de contratos a los que se les reconoce natu-

raleza administrativa "per se": el de obras, el de gestión de servicios públicos y el de suministros. Sin embargo, como advirtió PARADA (60) - "las preocupaciones dogmáticas de los redactores de la Ley, les llevó a un intento de regulación omnicomprendiva de todos los contratos del Estado", lo cual dió lugar a una regulación difícil de entender por su complicación en punto a determinar cuando existía un contrato administrativo y cuando el contrato debía ser regulado por el Derecho privado (61). De los artículos 18 y 19 de este texto legal deducía PARADA que podían distinguirse todas estas clases de contratos: 1º. contratos típicos, que son los de obras, suministros y gestión de servicios, con regulación completa en la Ley. 2º. Contratos con régimen jurídico específico y por naturaleza administrativos. 3º. Contratos con régimen jurídico específico y por naturaleza civiles. 4º. Contratos sin régimen jurídico específico y de naturaleza administrativa. 5º y por último, contratos sin régimen jurídico específico y de naturaleza administrativa. (62)

Posteriormente, la Ley 5/1973, de 17 de marzo, modificó la Ley de 1965. En el preámbulo de esta Ley se insiste en la aceptación de la figura del contrato administrativo "que armoniza el respeto a la institución común del contrato; cuya naturaleza básica se acepta por cuanto representa para las partes de mutuo respeto y seguridad jurídica, con las indeclinables exigencias del interés público". Quizá el principio inspirador de esta reforma, más destacable, sea su preocupación por clarificar las fuentes normativas de los contratos del Estado y flexibilizar la figura del contrato administrativo, tal como lo apreció LARUMBE BIERRUM (63). El artículo 4 LCE confiere carácter administrativo a los tres contratos que regula: el de obras, gestión de servicios públicos y suministros, y para que los demás contratos tengan carácter administrativo es necesario que así lo declare una Ley, o que estén directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público, o que revistan características intrínsecas que hagan precisas una especial tutela del -

interés público para el desarrollo del contrato. La flexibilización del contrato administrativo se ha querido ver en el artículo 3 LCE al disponer que "la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por convenientes, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso, en favor de aquéllas.

La Ley de Contratos del Estado de 1965 preveía en la disposición adicional primera su desarrollo reglamentario, que tuvo lugar efectivamente con el Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto de 28 de diciembre de 1967 y que posteriormente quedó derogado por el que se aprueba por Decreto de 25 de noviembre de 1975, con el fin de incorporar los cambios e innovaciones de la Ley de 17 de marzo de 1973.

De este modo, el c.o.p. quedará hoy regulado en el ámbito estatal de la siguiente forma: a) en lo que se refiere a su calificación de contrato administrativo, requisitos básicos de sus elementos subjetivos, objetivos y formales así como en lo referente a las prerrogativas administrativas y jurisdicción, por lo establecido en el Título Preliminar de la LCE y Título Preliminar y Título del Libro Primero del RCE; b) en lo que se refiere a la regulación específica del contrato de obras, por lo establecido en el Libro Primero, Título I LCE y Libro Primero Título II del RCE; y c) en lo que se refiere a la clasificación y registro de empresarios, Registro de contratos y fianzas y demás garantías del Estado, por lo dispuesto en los Libros, Segundo y Tercero de la LCE y Libros Segundo y Tercero del RCE. También existen normas especiales para los Organismos autónomos reguladas en la Ley de 26 de diciembre de 1958, contenidas en la disposición final segunda de la LCE y en el Libro IV del RCE.

En cumplimiento de lo establecido en la disposición final quinta del Reglamento de 1967, el Decreto de 31 de diciembre de 1970 aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de obras del Estado (PCAG), con el propósito de que sea de uso general para toda la Administración, quedando derogados desde su entrada en vigor (1 de marzo de 1971) los Pliegos de condiciones generales que se aplicaban en diferentes Departamentos ministeriales como era el ya citado del Ministerio de Obras Públicas, de 13 de marzo de 1903.

El PCAG establece en su cláusula 1 el "Régimen jurídico" del contrato de obras del Estado, al disponer que "se regirá peculiarmente por la Ley y Reglamento General de Contratos del Estado, por las prescripciones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares y, en lo que no resulte válidamente modificado por éste, por el presente pliego".

Este PCAG se articula en 79 cláusulas, distribuidas en seis capítulos, a su vez divididos en secciones y en los que se contiene la regulación de la fase de la ejecución de la obra, constituyendo un desarrollo, aunque no completo, de los correspondientes capítulos de la LCE y RCE que regulan los efectos del contrato de obras y su extinción por cumplimiento.

Al lado de estas normas fundamentales que se acaban de exponer también debe tenerse en cuenta las relativas a la revisión de precios. Los artículos 12 LCE y 30 RCE dicen que "la inclusión de cláusulas de revisión de precios se regulará por su legislación especial". Pues bien, - actualmente esta normativa especial está constituida principalmente por el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964, que constituye el texto capital en la materia, el Decreto de 19 de diciembre de 1970 y el Decreto de 11 de marzo de 1971 promulgado para mejorar, aclarar y simplificar determinados aspectos del sistema de revisión.

2. Normas Locales.- Nuestro Derecho ofrece la singularidad que una misma actividad administrativa como es la contractual se encuentra - regulada diversamente según intervenga en ella la Administración del Estado o la Administración Local, e incluso que se guíe por criterios diferenciados. Esto hizo decir, hace ya tiempo, a GARCIA-ENTERRIA (64) que existía la necesidad de que nuestra Administración se ponga de acuerdo - consigo misma. Pues, efectivamente, la regulación contenida en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (RCCL) de 9 de marzo de 1953, dictado en ejecución de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, además de ofrecer una regulación más técnica que la existente entonces para el Estado, no acoge la teoría del contrato administrativo, sino que regula por igual toda clase de contratos celebrados por las entidades locales, entre los que uno más es el c.o.p. De todos modos, de muchos de los artículos del RCCL se desprende que las normas hacen referencia, principalmente, a los contratos de obras, servicios y suministro, que son los que son también en la esfera local objeto de una regulación preferente.

Así pues, y en lo que ha de constituir la materia principal de nuestro estudio, deberán tenerse en cuenta las normas contenidas en el capítulo V del RCCL bajo el epígrafe "cumplimiento", aparte de las que se contienen en los restantes capítulos sobre las distintas etapas contractuales y en lo que no hayan sido modificadas por las normas a las -- que enseguida nos referiremos.

Esta situación de dos regulaciones paralelas parece que empieza a corregirse a partir de una materia específica como es la revisión de precios. La disparidad de criterios existente entre una y otra regulación ("ex lege" en el ámbito local, por aplicación del art. 57 RCCL y "ex contractu" en el ámbito estatal por el DLRR) se armonizó con el Decreto de 31 de mayo de 1974, al disponer que "serán aplicables a la - -

Administración Local las disposiciones contenidas en el Decreto-Ley -- 2/1964, de 4 de febrero y sus normas complementarias ...". Además, para los contratos de obras que realicen las Corporaciones "y que se formalicen con posterioridad a la publicación de este Decreto podrán incluir en sus pliegos de condiciones económico-jurídicas una cláusula de revisión de precios con las características establecidas en el mencionado Decreto-Ley" (artículo 1º 2.).

Esta tendencia armonizadora ha encontrado luego su máxima expresión en el Decreto de 6 de octubre de 1977. Refiriéndose a este Decreto, SANCHEZ ISAC (65) dice que "la tónica general fue la asimilación del sistema de contratos del Estado, a cualquier precio". Sin embargo esta asimilación es hoy todavía parcial y se produce mediante un complicado sistema de normas que aunque en principio podría considerarse como algo transitorio, lo cierto es que ya dura varios años.

El Decreto 1977 articula la Ley 41/1975, y en su capítulo III, - artículos 108 a 124, contiene unas disposiciones generales de las que debemos destacar la referente a la normativa aplicable al c.o.p. El -- artículo 109 dispone a este respecto que: "Los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos a - cargo de las Entidades Locales, así como la prestación de suministros a las mismas, tienen carácter administrativo y se regirán por las presentes normas y sus disposiciones reglamentarias y, supletoriamente, por la Ley de Contratos del Estado y las restantes normas del Derecho Administrativo. En defecto de este último serán de aplicación las normas - del Derecho privado".

Así pues, siguiendo la pauta de la LCE, este Decreto considera - el c.o.p. como nominado y su régimen jurídico se determina por una combinación de normas locales y estatales (en cuanto a su destinatario),

como son las normas del propio Decreto, las del RCCL en lo que a él no se opongan, mientras aparece un nuevo texto reglamentario, supletoriamente la LCE, el RCE, el PCAG y, en defecto de cualquier otra norma administrativa, el Derecho privado.

Por lo que se refiere a la ejecución del c.o.p. el panorama normativo se simplifica algo, pues prácticamente no entra en juego el Decreto de 1977 y hay que acudir al RCCL y llenar sus lagunas con las normas estatales.

Con posterioridad al Decreto de 1977 se ha publicado el RDL - de 16 de enero de 1981, que aprueba determinadas medidas sobre el régimen jurídico de las Corporaciones Locales, y que fue luego sustituido - por la Ley de 28 de octubre del mismo año. Entre estas medidas se comprende la limitación de la contratación directa de obras a los casos en que su importe no excede del diez por ciento del presupuesto ordinario de ingresos de la Corporación (artículo 6º).

3. Normas autonómicas.- Como ya hemos indicado al principio, - es materia reservada al Estado la legislación básica sobre contratación administrativa (artículo 149,1 CE), por lo que las Comunidades Autónomas con poder legislativo han dictado ya normas propias en materia de contratación administrativa, las cuales tienden más que a regular el fondo de los contratos, a organizar los registros de contratistas, su clasificación y condiciones para licitar dentro de una tónica restrictiva de - la concurrencia de contratistas procedentes de otras regiones.

Actualmente merecen ser mencionadas las normas dictadas por - las Comunidades Autónomas de Cataluña, País Vasco y Navarra.

a) Cataluña.- El Decreto de 9 de julio de 1981 creó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, adscrita al Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad, a la que corresponde entre otras funciones informar los contratos de obras de cuantía superior a diez millones de pesetas con personas naturales o jurídicas no clasificadas, y también desarrollar las funciones que puedan serle atribuidas por las disposiciones vigentes en materia de clasificación de los contratistas de obras y de inclusión de cláusulas de revisión en los contratos de la Generalidad y de sus entidades autónomas.

Por lo demás, la disposición transitoria segunda del Estatuto de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979, declara aplicables las Leyes y disposiciones del Estado mientras que las Cortes Generales no elaboren sus propias normas. Por consiguiente, la LCE y RCE rigen en Cataluña en materia de contratación administrativa de forma directa.

b) País Vasco.- El Decreto de 30 de julio de 1981, sobre Régimen Orgánico de la contratación declara en su preámbulo que "mientras no se aprueben por las instituciones competentes las correspondientes disposiciones sobre contratación, rigen en la Comunidad Autónoma del País Vasco las normas vigentes reguladoras de dicha materia para el Estado.

Así pues, este Decreto establece los órganos de contratación y sus competencias así como la Junta de Clasificación de Contratistas y los Registros de Contratos y Contratistas.

c) Navarra.- Por Acuerdo del Parlamento Foral de 16 de junio de 1981 se aprobó la Norma General de Contratación, que es una clara adaptación de la LCE al Ordenamiento Jurídico Navarro. Se acoge pues la figura del contrato administrativo a base de distinguir entre contratos

nominados e innominados. Los primeros siguen siendo los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la ejecución de servicios públicos a cargo de la Diputación Foral, así como la prestación de suministros a la misma, los cuales se rigen por la Norma y sus disposiciones reglamentarias; supletoriamente por las restantes normas del Derecho Administrativo Foral Navarro y en defecto de este último por las normas -- del Derecho Privado Foral.

Por lo que respecta al contrato de obra, se regula específicamente en el Título I del Libro I de la Norma, integrado por siete Capítulos. Concretamente la ejecución del contrato se regula en la Sección 1ª del Capítulo IV (Artículos 50 a 55), reproduciendo prácticamente la regulación estatal.

V.- LA EJECUCION DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.-

Nuestro estudio va encaminado a explicar la fase de ejecución del c.o.p. que es la que muestra este tipo de contrato en toda su dimensión. Hasta el momento de la perfección del c.o.p. sólo hay un diseño o programa de las prestaciones que cada parte asume en el contrato. Mas -- cuando se constata el carácter y la función que desempeñan las vinculaciones establecidas entre las partes, es en el momento de la ejecución. En este contrato como en cualquier otro, y a semejanza de lo que sucede en un drama o representación, existe un reparto de papeles cuya calidad sólo puede apreciarse con la puesta en escena, es decir con su respectiva representación o ejecución. Sólo entonces es posible conocer si lo -- proyectado o concebido resulta plenamente satisfactorio o puede ser, -- por el contrario, mejorado, modificado o incluso suprimido.

Por otra parte, la fase de ejecución del c.o.p. pone de manifiesto la singularidad propia de este contrato. Las etapas anteriores --

de formación o gestación del c.o.p. no ofrecen especialidades derivadas de su propia naturaleza, pues este contrato las recorre de forma análogo a como lo hacen otros contratos administrativos (contrato de gestión de servicios y suministro). Así pues, es la fase de ejecución la que permite conocer la verdadera naturaleza, así como la función que realmente -- cumple el contrato que nos ocupa.

Sucede, además, que la doctrina no ha estudiado todavía a fondo el c.o.p. y más concretamente su fase de ejecución. Esto se puede -- apreciar en obras recientes, en las que por sus propios planteamientos el tema debería haberse estudiado con toda amplitud. Sin embargo esto no se ha hecho así y las más de las veces se reproducen las normas legales y - reglamentarias sin ser objeto de comentario y mucho menos de crítica (66). Aunque con carácter menos acusado también se aprecia esta actitud doctrinal en algunas obras recientes, publicadas en país perteneciente a nues- tra área cultural (67).

En fin, el estudio de la fase de ejecución del c.o.p. nos va a permitir comprobar lo que este contrato tiene de sustancia civil y lo que tiene también de carácter formal, como consecuencia de la presencia en él como parte de la Administración

N O T A S

- (1) "Los contratos administrativos". Madrid 1927. pp. 4 y 219.
- (2) "Curso de Derecho Administrativo" del que también es autor Tomás-Ramón Fernández. Madrid 1980. Vol. I, pp. 610.
- (3) Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo", p. 570.
- (4) "Principios generales del Derecho Administrativo". Buenos Aires - 1949. Vol. III, pp. 356.
- (5) "Tratado de Derecho Administrativo". Madrid 1980. Volumen II, p. 72
- (6) Ob. cit. Vol. III, IV y V.
- (7) "Théorie Générale du contrat administratif" (Pedone 1939).
- (8) En apoyo de la teoría del contrato administrativo JEZE cita, entre otros, los fallos del Consejo de Estado francés en los casos "Terrier" (6 de febrero de 1903), Thérund (4 de marzo de 1910), "Société de granits" (31 de julio de 1912), Bacandé (15 de noviembre de 1922) etc.
- (9) Ob. cit. III, pp. 311 y 312
- (10) Ob. cit. Vol. III, pp. 319 y ss.
- (11) "Traité théorique et pratique des contrats administratifs". París 1956. Tomo I, p. 85.
- (12) Idea que está presente en las conclusiones del Comisario del Gobierno León Blum en el caso "Granits des Vosques": "Il faut que le contract soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer" (citado por LAUBADERE, Ob. cit. Tomo I, p. 93).
- (13) Ob. cit. Vol. I, pp. 100 y ss.
- (14) "La figura del contrato administrativo". RAP núm. 41, 1963, pp. 99 y ss.
- (15) Ob. cit. "La figura del contrato administrativo". pp. 110 y ss.
- (16) "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos administrativos". RAP núm. 24, pp. 39 y ss.

(17) LIET- VEAUX en "Revue Administrative", 1956, pp. 498. Citado por GARCIA ENTERRIA en Ob. cit. "La figura del contrato administrativo" en nota (24) pp. 110.

(18) "Theorie des französischen Verwaltungsrecht". Citada por CIANFLONE en "L'Appalto di opera publice". Milán 1976. Nota (34), p. 143.

(19) Ob. cit. "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos" p. 49.

(20) "Derecho Civil de España". Madrid 1952, Tomo II, pp. 30.

(21) Ob. cit. Vol. III, p. 314.

(22) "La institución contractual en el Derecho Administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes". RAP núm. 29, pp. 59 y ss.

(23) Vid. DIEZ-PICAZO, L. "Derecho y masificación social, Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos)". Madrid 1979, pp. 44.

(24) Vid. BETTI "Teoría General del negocio jurídico". Madrid 1959, - pp. 45 y ss.

(25) Ob. cit. "L'Appalto di opere publice". Milano 1976, p. 149.

(26) Ob. cit. Vol. III, pp. 322 y 323.

(27) Ob. cit. Vol. III, pp. 328.

(28) Ob. cit. Vol. III, pp. 357.

(29) "Traite des marchés publics". Bruselas 1969, pp. 37 y ss.

(30) "La caracterización del contrato administrativo en la reciente - jurisprudencia francesa y española". RAP núm. 23, pp. 193 y ss.

(31) "Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español". Sevilla 1963.

(32) Ob. cit. "La figura del contrato administrativo". RAP núm. 41.

(33) Ob. cit. "Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español", pp. 24.

(34) Ob. cit. "Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español" pp. 160 y 161.

- (35) Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I, pp. 568.
- (36) Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I, pp. 579 y 580; y también en "La figura del contrato administrativo". Ob. cit. pp. 111 y 112.
- (37) El término "Umbildung" -transformación-, es utilizado por FLEJNER en su obra "Ueber die Umbildung Zivilrechtlicher Institute durch das --- öffentlich Recht", 1906. Citado por GARCIA-ENTERRIA en "La figura del contrato administrativo". Ob. cit. pp. 116.
- (38) Ob. cit. "Los contratos administrativos", pp. 46 y 47.
- (39) Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo", p. 580.
- (40) Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo", p. 587.
- (41) Vid. GARCIA-ENTERRIA. Ob. cit. "La figura del contrato administrativo", p. 111.
- (42) Ob. cit. "Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español", p. 184.
- (43) Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo", p. 584.
- (44) Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo", p. 581.
- (45) La Ley 8/1972, de 10 de mayo, admite en su artículo 26 que el -- concesionario "podrá verificar directamente la obra o contratar total o parcialmente su realización en la forma que establezcan los pliegos de la concesión".
- (46) La Ley de 26 de junio de 1968, dice en su artículo 16 que los - - puertos en régimen de Estatuto de Autonomía no están sujetos a la Ley de Contratos del Estado, pues su gestión en régimen de empresa mercantil se ajustará a las normas de Derecho privado.
- (47) "Contrat d'entreprise et marché de travaux publics" (Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)". París 1981.
- (48) Ob. cit. "Contrat d'entreprise et marché de travaux publics" pp. 652 y 653.
- (49) Ob. cit. "Contrat d'entreprise et marché de travaux publics" pp. 657.

(50) Vid. CIANFLONE. Ob. cit. p. 134.

(51) Vid. RUBINO "L'Appalto". Turín 1980, pp. 6 y doctrina romana cita
da en nota (1).

(52) Vid. RUBINO Ob. cit. pp. 9.

(53) La doctrina civil habla de contratos de resultado menor contrapues
to a los contratos de actividad o de obligaciones de resultado frente a
las obligaciones de medio. Vid. RUBINO Ob. cit. pp. 8 y nota (1).

(54) Por todos, ARIÑO ORTIZ, G. "Teoría del equivalente económico". -
Madrid.

(55) Ob. cit. p. 24

(56) Ob. cit. p. 27.

(57) Vid. RUBINO. Ob. cit. p. 214.

(58) Vid. DIEZ-PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial".
Madrid 1972, pp. 547 y 548.

(59) "El contrato administrativo ante la Ley de Bases de Contratos del
Estado de 28 de diciembre de 1963". RAP núm. 55, pp. 105-189.

(60) PARADA VAZQUEZ, J.R. "La nueva Ley de contratos del Estado". RAP
núm. 47, pp. 397-452.

(61) Vid. PARADA VAZQUEZ. Ob. cit. "La nueva Ley de contratos del Es-
tado", p. 425 y ss., en los comentarios sobre la Base II y el artículo
18 de la Ley de 8 de abril de 1965.

(62) Ob. cit. "La nueva Ley de contratos del Estado", p. 427.

(63) LARUMBE BIERRUN, P.M. "Comentarios a la Reforma del Texto arti-
culado de 8 de abril de 1965, de Contratos del Estado, por Ley 5/1973, de
17 de marzo". RAP núm. 72 pp. 327-355.

(64) "Dos regulaciones orgánicas de la Contratación administrativa".
RAP núm. 10, pp. 243.

(65) SANCHEZ ISAC, J. "Estudios prácticos sobre contratación local".
Madrid 1982, p. 45.

(66) Esto puede comprobarse en "La Contratación Local" de GONZALEZ BE
RENGUER URRUTIA, J.L. Madrid 1982. Cap. octavo, pp. 207-246.

(67) BEZZI, O.M. "El contrato de obra público". Buenos Aires 1982. --
Capítulo VIII, pp. 137-169.

CAPITULO PRIMERO

=====

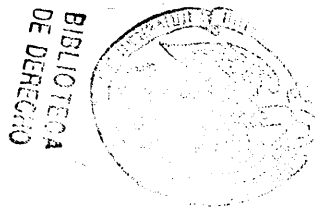
LA PREPARACION DE LA EJECUCION DE LA OBRA

I.- INTRODUCCION.-

El c.o.p. se perfecciona mediante su aprobación o adjudicación definitiva (artículo 32 LCE y art. 109 RCE). Mas esta perfección no es un punto de llegada sino de partida, pues todo contrato nace para ser cumplido. Desde esta consideración finalista cabe también decir que el c.o.p. se perfecciona a medida que se van realizando las prestaciones recíprocas, hasta alcanzar el momento culminante en que el empresario -- contratista entrega la obra completamente terminada (en definitiva, él -- prometió el resultado de su actividad) y la Administración paga el precio convenido en un acto de liquidación final, pues las cantidades entregadas hasta entonces son a buena cuenta y, por tanto, con carácter provisional. Llegado este momento, las partes quedan liberadas, quedando extinguido el contrato por su normal cumplimiento (artículo 54 LCE y art. 156 RCE).

Nos situamos, pues, en el umbral de lo que en términos estrictamente jurídicos son los efectos del contrato; la etapa de gestación -- del contrato ha quedado cerrada y se abre, ahora, otra durante la cual -- las partes han de aprestarse a cumplirlo. Estudiamos una etapa contractual que tiene su propia entidad por la importancia de los temas que se suscitan y cuya característica esencial es la realización de actividades preparatorias que son indispensables para la ejecución de la obra.

Esta preparación de la obra se caracteriza por unas determinadas tareas organizadoras. Piénsese que por pequeña que sea la importancia técnica o económica de la obra contratada, ésta debe ser objeto de --



un planteamiento estratégico que hay que concretar definitivamente a la hora de iniciar los trabajos. Esta actividad preparatoria no se hace en un plano puramente conceptual, sino ante una realidad concreta, es decir, teniendo en cuenta el tiempo que empieza a correr, el lugar o el emplazamiento en el que la obra que se ha de construir, así como los medios técnicos y económicos que han de emplearse. La comprobación del replanteo, la programación de los trabajos, el acopio de materiales, la adecuada -- disposición de las instalaciones son, entre otras, actividades que cobran singular relieve, pues en definitiva, de ellas depende el éxito del resultado prometido por el contratista, tanto se mida desde el punto de -- vista técnico o económico, o de ambos, como será lo normal.

II.- LA COMPROBACION DEL REPLANTEO.-

Durante mucho tiempo la comprobación del replanteo se ha considerado como pura actividad técnica sin trascendencia jurídica, que solía realizarse como mero trámite. En obras de notable importancia técnica y económica se dejaba constancia de la comprobación del replanteo mediante una sencilla acta en la que sólo se reflejaba la conformidad de los representantes de cada parte sobre la viabilidad de la obra proyectada. En el fondo de esta conducta latía el deseo de que, desde los comienzos, -- las relaciones entre la Administración y el contratista discurrieran en la mejor armonía, sin plantear cuestiones inicialmente.

Sin embargo, este modo de proceder se ha ido corrigiendo en -- los últimos años, pues se ha puesto de manifiesto que la causa de la suspensión de muchas obras e incluso de la resolución de no pocos contratos, se encuentra en no haberse enfrentado a los problemas que se suscitan en el momento en que las partes deben enjuiciar la viabilidad de las obras.

Las últimas modificaciones de la LEC y RCE han destacado la --

importancia de la comprobación del replanteo para evitar, en la medida de lo posible, que se produzcan durante la ejecución de la obra, incidencias que entorpezcan el cumplimiento del contrato, lo que afecta tanto a los intereses públicos que la Administración, en último término, persigue, como a la economía de las empresas contratistas.

1. El replanteo del Proyecto.- Puesto que con la actividad preparatoria que ahora estudiamos se trata de comprobar el replanteo del Proyecto, lo primero que hemos de destacar es que no se puede confundir, como sucede con frecuencia en la práctica, la comprobación con lo que es su objeto, esto es, con el replanteo del Proyecto.

El replanteo del Proyecto debe realizarlo la Administración antes de iniciar el expediente de contratación (artículo 24 LCE y art. 81 RCE) y después de que el proyecto ha sido aprobado (1). Se efectúa por el Servicio correspondiente y tiene por objeto comprobar la realidad - geométrica de la obra, la disponibilidad de los terrenos precisa para su normal ejecución y la de cuantos supuestos figuren en el proyecto aprobado y sean básicos para el contrato a celebrar (artículo 81 RCE, párrafo 2º) (2).

La realización del replanteo se acredita mediante certificación expedida por el Jefe del Servicio correspondiente, bajo su personal responsabilidad, en la que debe constar la plena posesión y disposición real de los terrenos necesarios para la normal ejecución del contrato, así como la viabilidad del proyecto. Sin la unión de esta certificación al expediente no puede, en modo alguno, continuar su tramitación (artículo 81, párrafo 3º RCE). De todos modos, nunca será esa responsabilidad personal, única o exclusiva, caso de tenerse que exigir, porque el Jefe del Servicio sólo podrá certificar la posesión y disponibilidad real de los terrenos en función de los títulos jurídicos e informes en cuya ob--

tención o producción hayan intervenido otros funcionarios públicos. En cuanto a la viabilidad del Proyecto, la certificación se tendrá que apoyar en el visado que previamente le hayan otorgado otros funcionarios o entidades.

El artículo 84 RCE incluye entre los documentos que, como mínimo, debe contener el expediente de contratación "la certificación sobre la viabilidad del Proyecto y disponibilidad de los terrenos necesarios para el normal desarrollo del contrato con base en el resultado del replanteo previo de la obra, así como el acta donde éste conste"; es decir, el resultado, no el replanteo como tal, pues técnicamente el replanteo supone determinadas operaciones "in situ", que se reflejan normalmente en uno o varios planos y en el mismo terreno mediante señales o jalones para poder definir en planimetría y altimetría la obra proyectada. El acta sólo puede constatar el hecho de haberse efectuado el replanteo y su resultado.

La omisión de la certificación acarrea la posibilidad de que el contrato se anule. Así resulta de los términos imperativos del artículo 85, párrafo 3º RCE en relación con el artículo 44 RCE. Según el primero, si no consta en el expediente de contratación la certificación prevenida en el artículo 81 RCE, "no se podrá, en manera alguna, so pena de incurrir en responsabilidad, acordar ni autorizar la apertura del procedimiento de adjudicación ni la contratación en su caso". Por consiguiente, si no se respeta esta norma serán anulables los actos preparatorios o el acto de adjudicación por infracción del Ordenamiento jurídico, tal como se dispone en el artículo 44 apartado a) RCE, sin que quepa entender que se está ante un incumplimiento de meros requisitos formales en las actuaciones preparatorias del contrato que puedan ser subsanados por el órgano de contratación (párrafo último del artículo 44 RCE).

El Consejo de Estado se ha apercebido del carácter esencial de la formalidad exigida por el artículo 81 RCE, y así en el Dictamen de -- 22 de mayo de 1975 (Expte. núm. 39.578) dice lo siguiente:

"Ha de negarse la posibilidad de considerar la omisión del replanteo previo como el incumplimiento de un mero requisito formal (último párrafo del artículo 45), sin que sea, por -- tanto, subsanable tal omisión.

La práctica del replanteo, como acto administrativo preparatorio, no está explícitamente exigido en la Ley según el texto anterior a la reforma de 1973 (se menciona el replanteo - en el número 3 del artículo 26), pero sí, taxativamente, en el artículo 84 del Reglamento, según el cual 'autorizada la iniciación del expediente de contratación, se procederá por el Servicio correspondiente a efectuar el replanteo previo - de la obra'. Lo mismo dice el artículo 24 de la Ley, después de la reforma de 1973. Es, pues, por su objeto y finalidad, un acto administrativo preparatorio de la mayor importancia, cuya omisión acarrea, no la nulidad de un replanteo no efectuado, sino, lo que es peor, la de todos los trámites administrativos posteriores, por no haber mayor irregularidad de un acto legalmente exigido que la omisión de su práctica".

2. La comprobación del replanteo.- Como decíamos antes no se puede confundir el replanteo con su comprobación. El replanteo se hace con vista a un contrato a celebrar, como dice el artículo 81 RCE, mientras que la comprobación del replanteo es ya un acto de ejecución del - contrato celebrado. Por lo mismo, el replanteo es un acto interno de la Administración, en cambio, su comprobación es, sí, un acto de la Administración, pero con inmediata repercusión en una relación contractual por ella establecida (3).

Desde que la Administración replantea la obra hasta que ésta se inicia por el contratista transcurre un lapso de tiempo, a veces largo, durante el cual es posible que hayan cambiado determinados presupues

tos fácticos que condicionan la normal ejecución de la obra. Si a esto - se añade que el contratista no ha podido tener participación en el replanteo previo efectuado por la Administración, se comprenderá fácilmente la necesidad de comprobarlo con su intervención.

El artículo 127 RCE contiene unas reglas bastante meticulosas sobre cómo debe efectuarse "el acto de comprobación del replanteo", con el que comienza, según indica el propio artículo, la ejecución del contrato de obras (4).

Hay que advertir que este precepto, completado con las cláusulas 25, 26 y 27 PCAG, no contiene una regulación de fondo, en el sentido de indicar cuáles son las operaciones técnicas a efectuar, pues lo que establece es el procedimiento jurídico que permite la intervención de las partes, así como las consecuencias, también jurídicas, que para ellas se derivan, dentro del marco del contrato, de la comprobación efectuada.

Importa hacer notar que quien debe comprobar el replanteo es la Administración en presencia del contratista y no al contrario, como puede suceder en la práctica. La Administración comprueba mediante el Servicio encargado de las obras quién ha de hacerlo, como queda dicho, - en presencia del contratista, dentro del plazo que se consigne en el contrato, que no puede ser superior a un mes de la fecha de su formalización, salvo casos justificados (artículo 127 RCE, apartado A).

Este protagonismo que asume la Administración se compagina mal con el carácter contradictorio que debería tener la comprobación del replanteo. Como tantas veces ocurre en la regulación del c.o.p. nos encontramos que la técnica procedimental desplaza a la puramente contractual,

distorsionándose así el verdadero sentido de los actos que se realizan. Por otra parte, es frecuente que en la práctica sea el contratista quien realice las operaciones de comprobación, limitándose la Administración a recoger su resultado.

3. Obligatoriedad de la presencia del contratista y la Administración en el acto de comprobación del replanteo.— El apartado B) del artículo 127 RCE dice que "si el contratista no acudiese, sin causa justificada, al acto de comprobación del replanteo, su ausencia se considerará como incumplimiento del contrato, con las consecuencias o efectos prevenidos en la Ley y en este Reglamento".

Esta norma no parece correcta habida cuenta del verdadero sentido que tiene la presencia o ausencia del contratista.

En efecto, el artículo 127 presupone que la presencia del contratista es una auténtica obligación contractual, por lo que la ausencia injustificada se considera como un incumplimiento del contrato. Aún siendo esto así habría que matizar, pues el incumplimiento puede ir desde un simple retraso a una franca negativa a comparecer pese al requerimiento que haga la Administración al contratista.

Sin embargo, si del contratista sólo se reclama su presencia, pues es el Servicio quien comprueba, su ausencia debe considerarse más que como incumplimiento de una obligación de carácter recíproco (que conduciría a una exigibilidad de su cumplimiento e incluso a una eventual resolución del contrato), como la sujeción al resultado desfavorable que se le produzca por no atender la carga (5) de presenciar la comprobación. Con ello no se cuestionan las obligaciones contractuales y lo único que sucede es que el contratista no podrá formular posteriormente re-

clamaciones basadas en el desconocimiento de datos, en errores que padezca u otras circunstancias adversas que no se le habrían producido si - - hubiese presenciado la comprobación del replanteo, formulando las reservas que le hubiesen parecido oportunas (6). Esta es, por otra parte, - la solución a la que se llegaba en la redacción del artículo 127 RCE antes de su última reforma.

En cambio, la técnica del incumplimiento contractual es correcta cuando se contempla la incomparecencia de la Administración, pues si por su culpa o negligencia se demora la comprobación del replanteo, el contratista tiene derecho a resolver el contrato, según dispone el artículo 127 RCE, apartado c), lo cual no impide que el contratista opte por exigir el cumplimiento del contrato en lugar de la resolución si así le interesa, con independencia de que exija el resarcimiento de daños y perjuicios, pues tanto el artículo 53 LCE como el 158 RCE obligan, "con carácter general" a la Administración "al pago de los perjuicios que por - tal causa (el incumplimiento del contrato) se le irroguen al contratista" (7).

Ahora bien, como la comprobación del replanteo es una obligación esencial de la Administración, de cuyo cumplimiento depende absolutamente que el contratista pueda iniciar los trabajos, es evidente que - si esa obligación no es cumplida por culpa o negligencia de la Administración, queda abierta al contratista la vía para pedir la resolución -- del contrato. Sin embargo, la doctrina civil del incumplimiento resolutorio se restringe dentro del c.o.p., pues exige que el contratista requiera fehacientemente a la Administración; que transcurra un mes desde ese requerimiento sin que la comprobación del replanteo se efectúe y que se ejercite el derecho a la resolución del contrato dentro de otro plazo de treinta días contados desde la expiración del primero. Además se tasa la

indemnización por todos los perjuicios que el contratista pueda sufrir en un dos por ciento del precio de adjudicación del contrato. Con esto - último se evitan problemas de prueba de los perjuicios efectivamente sufridos, si bien sucederá en muchos casos que esa indemnización tasada no cubrirá la ganancia esperada razonablemente (*lucrum cessans*), ni los gastos realmente desembolsados para la contratación y operaciones preparatorias de la ejecución. También se devuelve la fianza al contratista (artículo 127 RCE, apartado C.).

Aunque nos encontramos ante un supuesto específico de resolución del contrato, difícilmente se pueden aplicar los artículos 178 a 181 RCE, que contienen normas especiales para la recepción y liquidación de obras cuyos contratos han sido resueltos, pues sin comprobación del replanteo no se ha podido dar orden de comienzo de los trabajos y únicamente se habrán podido realizar actividades preparatorias cuyo coste se compensa "a forfait" con el dos por ciento anteriormente indicado.

4. El alcance de la comprobación del replanteo.- Ya hemos señalado que el replanteo previo es una actividad eminentemente técnica porque su finalidad es determinar la viabilidad del Proyecto en función, -- principalmente, de las circunstancias físicas o materiales con las que -- hay que contar para ejecutar la obra. Pues bien, la comprobación del replanteo previo también es una actividad técnica, antes que nada. Sin embargo, la circunstancia de que en este momento el contratista tenga un -- particular interés en verificar el correcto replanteo realizado anteriormente sin su intervención, hace que la comprobación no sólo sea contradictoria, sino que, además, su alcance sobrepase el puro aspecto técnico, hasta tal punto que lo que ahora se va a hacer es "replantear" o reconsiderar determinados extremos que pueden afectar directamente al cumplimiento del contrato. Según la cláusula 24 PCAG, la comprobación del re--

planteo se refiere especialmente a las características geométricas de -- la obra pero, además, dicha comprobación permite: contrastar la documentación del Proyecto con el replanteo realizado; ver si existe una efectiva disponibilidad de los terrenos necesarios para la ejecución de la -- obra y, finalmente, "cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato".

Si analizamos con algún detenimiento estos aspectos que destaca la cláusula 24 del PCAG podremos comprobar la importancia de los temas que se suscitan y la variada casuística que puede presentarse con -- ocasión de esta actividad.

A) La comprobación del replanteo como operación estrictamente técnica.- De modo inmediato la Administración debe comprobar, en presencia del contratista, que son correctos los puntos de referencia indicados en los planos en los que se sitúa la obra proyectada, así como la -- existencia de señales (jalones, estacas, etc.) que materializan en el -- terreno las indicaciones recogidas en los documentos del replanteo (8).

Desde luego estos trabajos tienen importantes variantes determinadas por el volumen de obra a realizar y especialmente por la naturaleza misma de la obra. Es diferente el replanteo y su comprobación, de -- una obra cuyo emplazamiento se sitúa en un terreno parcelado, que el de otra que se construye linealmente, es decir, a lo largo de un trazado -- que puede ser de kilómetros (carreteras, redes de abastecimiento de agua, etc.). Además, no siempre se replantea sobre una superficie de terreno, pues en obras marítimas las referencias se toman con técnica diferente a la que se utiliza en las obras terrestres.

Los problemas se plantean en la práctica sobre todo en las --

obras que suelen llamarse lineales, pues la señalización que pudo hacerse con mucha anterioridad al momento en que se comprueba el replanteo es posible que no exista o no se haya conservado adecuadamente, o que hayan cambiado determinadas circunstancias del emplazamiento previsto. Por ello en estas obras la comprobación del replanteo constituye el auténtico replanteo en el que suele colaborar activamente el contratista con sus - - equipos técnicos.

Se echa de menos que el PCAG no contenga una regulación de replanteos especiales para casos en que se conoce la existencia de conducciones subterráneas de servicios propios de la Administración, de un concesionario o de cualquier otro propietario. Con este replanteo especial o complementario se conseguiría obtener datos precisos para poder apreciar su incidencia en la programación y desarrollo de los trabajos. Así, siguiendo con el ejemplo de las obras lineales, es usual encontrarse con la circunstancia de que se han de retirar o desviar conducciones de electricidad, gas, agua, etc., en puntos que posiblemente escaparon al replanteo previo, entre otras razones porque se haya efectuado la instalación de aquéllas con posterioridad o se haya modificado. Habría sido - - útil que nuestras normas hubiesen previsto una posible intervención en estos replanteos especiales o de detalle, de los terceros concesionarios o propietarios, a fin de que manifestasen en qué medida se verían afectados por las obras y, en su caso, solventar en estos momentos iniciales - muchos problemas que, si se suscitan cuando ya está la obra en marcha, - con causa de graves trastornos. El contratista tendrá que paralizar las obras en distintos puntos o tajos y esto dará lugar a que se produzcan - sobrecostes por falta de rendimiento de los equipos de maquinaria, instalaciones, etc., que tendrán que ser compensados por la Administración. (9)

El PCAG sólomente prevé la posibilidad de que se rectifique la

relación de servidumbres incluída en el pliego de prescripciones técnicas, como consecuencia de la comprobación del replanteo (cláusula 20) o de necesidades surgidas durante su ejecución, lo que hay que entender referida a la obra misma. Ello es consecuencia de la obligación que se le impone al contratista de mantener provisionalmente durante la ejecución de la obra y reponer a su finalización las servidumbres que hayan sido inventariadas. En consecuencia, si hay una discordancia entre la información del proyecto y la realidad que se pone de manifiesto con la comprobación del replanteo, deben efectuarse las oportunas rectificaciones. Sin embargo, no es difícil adivinar que ante la falta de replanteos especiales para estos casos, las rectificaciones se producirán durante el avance de la obra, con todos los inconvenientes ya apuntados (suspensiones, sobrecostes, etc.).

En cualquier caso, incumbe a la Administración promover las actuaciones precisas para legalizar las modificaciones que se deban introducir en las servidumbres que sean consecuencia de concesiones administrativas existentes antes de comenzar la obra. Los gastos de estas modificaciones se imputarán a la Administración, para lo que deberá tenerse en cuenta lo que disponga el título concesional, las normas específicas de la concesión afectada y, en último término, la Ley de Expropiación Forzosa (cláusula 20 PCAG, párrafo último).

B) La revisión de los documentos del Proyecto.— El contraste de los documentos contractuales del proyecto con los datos que se obtienen al comprobar el replanteo, permite estudiarlos de cara a la inmediata ejecución de la obra en un lugar y en un tiempo determinados y, por tanto, sin una consideración puramente conceptual.

Documentos contractuales del Proyecto son, con carácter obliga

torio, los planos, el pliego de prescripciones técnicas y los cuadros de precios (art. 82.1. RCE). De todos modos, debemos indicar que aunque esos documentos sean "obligatoriamente contractuales", no quiere decir que los demás documentos sean irrelevantes para determinar las obligaciones y de rechos de cada parte. Documentos como la memoria o el programa de trabajos (artículos 63, 64 y 69 RCE) tienen un indudable valor contractual, - por lo que se invocan en la práctica para fundar en ellos pretensiones - de los contratistas, o para excepcionar las mismas por la Administración. Concretamente sobre el valor de la memoria se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias que discutían la procedencia de precios contradictorios o la existencia de un pacto de revisión de precios (S.T.S. 30 de octubre 1964 y 29 marzo 1973).

Por consiguiente, la Administración y el contratista, si son di ligentes, deben comprobar que en la oficina de obra exista copia autorizada de los documentos contractuales del proyecto o proyectos base del - contrato, pues aquélla tiene la obligación de suministrar esa documentación antes de la fecha en que tenga lugar la comprobación del replanteo (cláusula 7 PCAG). Después, deberán examinar los documentos por si existen errores, teniendo en cuenta que los de carácter material que se apre cien en el Proyecto o presupuesto elaborado por la Administración, no -- anularán el contrato, sino en cuanto sean denunciados por cualquiera de las partes, dentro de dos meses contados a partir de la fecha del acta - de comprobación del replanteo y afecten, además, al importe del presupuesto de la obra, al menos en un 20 por 100 (artículo 158 RCE, párrafo 3º).

Aunque los errores que se aprecien no den lugar a la anulación del contrato, deben también denunciarse por cualquiera de las partes en el acto de comprobación del replanteo, para evitar conflictos posteriores que redundarán en el desarrollo normal de los trabajos. Se examina--

rán especialmente los planos para ver si son lo suficientemente descriptivos para que pueda deducirse de ellos las mediciones que sirvan de base para las valoraciones pertinentes (artículo 65 RCE, párrafo 1º), y -- también deben revisarse los cuadros de precios y presupuestos por si contienen error de cálculo o de cuenta. En fin, la comprobación de que no existen cláusulas oscuras o contradictorias es también una tarea depurativa muy útil antes de poner en marcha los trabajos.

C) La disponibilidad de los terrenos.- Ya vimos que el artículo 81 RCE señalaba como finalidad del replanteo previo la comprobación, entre otras cosas, de la "disponibilidad de los terrenos precisa para su normal ejecución", añadiendo que el Jefe del Servicio, bajo su responsabilidad personal, debe expedir una certificación acreditativa de "la plena posesión y de la disposición real de los terrenos necesarios para la normal ejecución del contrato".

Ahora bien, como quiera que transcurre un tiempo, a veces largo, desde que se acredita en el expediente de contratación la disponibilidad de los terrenos, hasta que los mismos han de ser inmediatamente -- utilizados, es necesario que la Administración compruebe que no sólo -- existe una disponibilidad de terrenos como mera posibilidad, sino que -- realmente esos terrenos están plenamente poseídos por élla, de modo que pueden ser inmediatamente ocupados por el contratista. El apartado D) -- del artículo 127 RCE puntualiza que los terrenos además de poseídos y disponibles, han de ser idóneos, lo que es un importante matiz, pues no basta con que los terrenos estén ahí, sino que además sirven para el fin -- previsto. Lo normal es que los terrenos son poseídos por la Administración en virtud de una previa expropiación forzosa o de una ocupación temporal; esta última para atender las necesidades logísticas de la obra. -- La cláusula 30 PCAG dice que "son de cargo del Estado la expropiación y

pago de los terrenos y bienes que haya de ocupar". Por consiguiente, al contratista no se le pueden trasladar las obligaciones que sólo incumben a la Administración en orden a la expropiación y pago de los terrenos necesarios para la obra. Sin embargo, en la práctica es frecuente que el - contratista preste su apoyo a la Administración, interviniendo cerca de los particulares que todavía no han percibido el justiprecio de la expropiación o lo tienen impugnado, resistiéndose a la entrega material del terreno expropiado; aparte de la posibilidad nada insólita de que ni siquiera se hayan expropiado los terrenos necesarios, particularmente cuando estos son extensos o se sitúan en un trazado de gran longitud.

Mas todo ello son oficiosidades o improvisaciones de una u - - otra parte, porque lo que debe quedar bien claro es que en la comprobación del replanteo el contratista no tiene por qué investigar los títulos jurídicos que tiene la Administración para poseer y disponer de los terrenos. Le bastará que se le exhiba la certificación prevenida en el artículo 81 RCE con la que el Jefe de Servicio acredita, bajo su personal responsabilidad, la plena posesión y la disposición real de los terrenos. Si a pesar de existir esta certificación, se producen reclamaciones u oposiciones de terceros, el contratista no puede ser obligado a ocupar los -- terrenos litigiosos, pues no hay una norma que le imponga el deber de soportar una acción interdictal con la que normalmente se defenderá el particular frente a la Administración.

Sólamamente cuando se acredite documental y efectivamente que -- los terrenos están disponibles es cuando tendrá virtualidad la orden que ha de dar la Dirección de la obra, pues sin ella el contratista no puede ocupar los terrenos afectados por la obra (10). A partir de ese momento y hasta la recepción definitiva de la obra, el contratista responderá de la vigilancia de los terrenos y bienes que haya en los mismos, cuidando

especialmente de mantenerlos libres de intrusiones y no permitiendo ni consintiendo alteración en los lindes, ni que nadie deposite en los terrenos material alguno ajeno a la obra. De las infracciones a estos preceptos debe dar cuenta inmediata a la Dirección (cláusula 33 PCAG).

D) El uso de los terrenos y la vigente Ley del Suelo.— En la comprobación del replanteo no sólo se determinará la viabilidad del Proyecto en cuanto a la disponibilidad de los terrenos propiedad de la Administración; también deberá acreditarse esa disponibilidad en orden al uso, de acuerdo con las normas urbanísticas que imponen el deber de obtener la licencia antes de iniciarse las obras, de las que no están exentas las de carácter público.

El vigente Texto Refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1.976 (LS), a diferencia de la Ley anterior, declara sujetos a licencia los actos de edificación y uso del suelo cuando se realizan por órganos del Estado o entidades de Derecho Público que administren bienes estatales (artículo 180 LS).

Se enumeran, a efectos de la LS, como actos de edificación y uso del suelo, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y los demás actos que señalaren los Planes (artículo 178 LS). Cuando razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia, podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad del mismo con el planeamiento urbanístico en vigor. En caso de

disconformidad, el expediente se remite por el Departamento interesado - al Ministro de la Vivienda y Urbanismo, quien lo elevará al Consejo de - Ministros, previo informe de la Comisión Central de Urbanismo. El Consejo decide si procede o no ejecutar el proyecto y en caso afirmativo se - procede a modificar o revisar el planeamiento, de acuerdo con el procedimiento establecido en la LS. El Ayuntamiento puede acordar la suspensión de las obras si se pretenden ejecutar en ausencia o contradicción con la notificación de conformidad con el planeamiento. La suspensión se ha de notificar al órgano redactor del Proyecto y al Ministro de la Vivienda y Urbanismo. La suspensión sólo puede acordarla el Consejo de Ministros -- cuando se trate de obras que afectan directamente a la defensa nacional. El acuerdo se adopta a propuesta del Ministro de la Vivienda y Urbanismo, previa solicitud del Ayuntamiento competente e informe del Ministerio militar afectado o Alto Estado Mayor, caso de afectar a más de un Ministerio militar.

Aunque hubo vacilaciones por parte de algunos autores (11) y en determinados órganos consultivos de la Administración, la aplicación, sin restricciones de las normas transcritas, está hoy admitida por la -- doctrina especializada (12), por la Junta Consultiva de Contratación - Administrativa (Informe 14/76, de 27 de Julio) e igualmente por la Jurisprudencia contencioso administrativa (sentencia de 19 de febrero de - - 1980 de la Audiencia Territorial de Bilbao, con ocasión de una obra - - portuario).

Por consiguiente, el contratista puede pedir a la Administración que ésta le acredite la licencia municipal de obra otorgada a su - favor, pues no puede ser compelido a iniciar los trabajos con infracción de normas legales.

El otorgamiento de la licencia municipal de obras, produce consecuencias de índole fiscal, ya que los Ayuntamientos giran una liquidación en concepto de tasa, a cuyo pago vienen obligado el dueño de la obra que pide la licencia. Ahora bien, el Real Decreto 3.250/76, de 30 de diciembre, por el que se aprueban las normas provisionales sobre ingresos de las Corporaciones Locales, dispone en su artículo 10, apartado 5, que en "las licencias urbanísticas exigidas por el artículo 178 de la Ley del Suelo, serán sustitutos del contribuyente los constructores y --
contratistas de obras". Lo cual quiere decir que los contratistas están obligados a cumplir las prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria (artículo 32 de la Ley General Tributaria), pero sin que ello signifique que estén obligados a soportar efectiva y definitivamente esa carga fiscal, ya que pueden trasladarla al contribuyente que no es otro que la Administración. En consecuencia, habrá que estar a lo que los pliegos digan sobre este extremo, cuya comprobación en este punto no estará demás en el momento que estamos examinando.

5. El resultado de la comprobación del replanteo.- La comprobación del replanteo puede ofrecer un resultado muy diferente según los datos que se obtengan y la actitud que cada parte adopte en relación a -- ellos. Seguidamente vamos a exponer los distintos casos que pueden darse según se prevé en el artículo 127 RCE.

A) Comprobación del replanteo de plena conformidad.- Finalizada la comprobación del replanteo puede existir plena conformidad en las partes tanto en sentido positivo como negativo.

a) Positivamente habrá conformidad cuando la Dirección de las obras considere demostrada la posesión y disposición real de los terrenos, su idoneidad y la viabilidad del Proyecto, sin que el contratista -

haya manifestado reserva alguna sobre esos extremos ni sobre ningún otro que pueda afectar al cumplimiento del contrato. En este caso, según el apartado D) del artículo 127 RCE, el Director de las obras dará la "autorización para iniciarlas, haciendo constar este extremo explícitamente en el acta extendida, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta".

b) Negativamente, las partes muestran su conformidad cuando están de acuerdo en que las obras no se inicien por no estar acreditadas las circunstancias a que se refiere el apartado D) del artículo 127 RCE o porque el Director de las obras entiende que es necesario modificarlas. En este caso "se hará constar en el acta que queda suspendida la iniciación de las obras hasta que por la Autoridad u órgano que celebró el contrato se dicte la resolución que estime oportuna dentro de las facultades que le están conferidas por la legislación de Contratos del Estado" (apartado F, artículo 127 RCE). Además se establece que en tanto sea dictada la citada resolución, quedará suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, a los fines del reconocimiento de los derechos que cuando se produce esta situación concede el primer párrafo del artículo 148 RCE, esto es, abono de los daños y perjuicios que el contratista pueda efectivamente sufrir, si la suspensión temporal de las obras es superior a una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso, si aquella excediese de seis meses (13).

Además, si como consecuencia de la comprobación del replanteo se deduce la necesidad de introducir modificaciones en el Proyecto, el Director deberá redactar en el plazo de quince días y sin perjuicio de la remisión inmediata del acta, una estimación razonada del importe de aquellas modificaciones. Si la Administración decide la modificación del

Proyecto, se procederá a redactar las modificaciones precisas para su --viabilidad, acordando la suspensión temporal total o parcial de la obra y ordenando, en este último caso, la iniciación de los trabajos en aquellas partes no afectadas por las modificaciones previstas en el Proyecto (cláusula 26 PCAG). El Proyecto modificado debe ser aprobado de acuerdo con las normas previstas en general para estos casos y que serán estudiadas en su momento.

B) Comprobación del replanteo con reservas por parte del contratista.-- Por ser la comprobación del replanteo una actuación contradictoria, el artículo 127, en sus apartados D) y E), prevé la posibilidad de que el contratista formule reservas frente a las manifestaciones que haga en el acta la Dirección de las obras. En principio estas reservas pueden hacerse tanto en el caso de que la Dirección de las obras decida la iniciación de los trabajos como en el de una posible suspensión. Sin embargo este último supuesto rara vez se da en la práctica, pues el contratista es el primer interesado en que exista un camino franco para desenvolver su actividad. Con todo, no es impensable que la Dirección de las obras adopte una postura contraria a la iniciación de los trabajos --basada más en aspectos internos o de concepción del Proyecto que en circunstancias externas, como puede ser todo lo que concierne a los terrenos; frente a esta postura el contratista puede mostrar su disconformidad, formulando las reservas pertinentes, en consideración a que un aplazamiento en los comienzos de los trabajos puede suponerle unos daños y --perjuicios que no se vean compensados plenamente, aún en el caso de que se le indemnicen.

Pero como decíamos, lo normal es que las reservas del contratista se efectúen alegando que las obras no pueden comenzarse por no considerar viable el Proyecto, teniendo en cuenta los datos que haya ofreci

do la comprobación del replanteo. El apartado E) del artículo 127 RCE considera, en principio, que las reservas formuladas por el contratista de-terminan la suspensión de las obras en los términos estudiados con anteriori-dad. Decimos en principio, porque sólo tienen esa virtualidad suspensiva las reservas que no sean infundadas en apreciación que hace la Dirección de las obras, según se deduce del apartado E) del artículo 127 RCE; apreciación que es independiente de la que deba hacer el órgano contrata-nte al resolver definitivamente sobre las reservas en cuestión (apartado G) del mismo artículo).

En este punto existe una cierta discrepancia entre el apartado E) a que nos estamos refiriendo y la cláusula 24, párrafo 2º PCAG, pues según ésta "a la vista de sus resultados (de la comprobación del replanteo) se procederá en los términos del artículo 127 del Reglamento General de Contratación. Caso de que el contratista, sin formular reservas sobre la viabilidad del proyecto, hubiera hecho otras observaciones que puedan afectar a la ejecución de la obra, el Director, consideradas tales observaciones, decidirá iniciar o suspender el comienzo de la obra, justificándolo en la propia acta". Parece, pues, deducirse de este texto que sólo las reservas sobre la viabilidad del Proyecto tienen fuerza sus-pensiva, mientras que si son simples observaciones que pueden afectar a la ejecución de las obras, el Director es libre de decidir sobre la iniciación o suspensión de las mismas. Sin embargo, del artículo 127 RCE se deduce, en su actual redacción, que el Director puede ordenar la iniciación de los trabajos a pesar de las reservas formuladas por el contratista si las considera infundadas y sin perjuicio de lo que resuelva, en ú-ltimo término, el órgano contratante, pues según el apartado G) del artículo 127 RCE, si el Director considera que las reservas son infundadas, dictará acuerdo, autorizando el comienzo de las obras mediante acto for-mal notificado al contratista, empezando a correr el plazo de ejecución

desde el día siguiente a dicha notificación.

Ya dejamos indicado más arriba que los contratistas suelen - - adoptar muchas veces una actitud pasiva en el acto de comprobación del - replanteo, para evitar un enfrentamiento inicial con la Dirección de las obras o con la esperanza de que en el curso de los trabajos se solucionarán los problemas que se detectan en los inicios de la obra. Sin embargo, hay que hacer notar que las consecuencias jurídicas del silencio del contratista son muy importantes, entre otras cosas porque si da una conformidad tácita al no formular reservas, y después se manifiesta en sentido opuesto, incurrirá en contradicción de actos propios (14) y no podrá -- formular una pretensión coherente ni oponerse a los actos de la Administración, basándose en circunstancias que inicialmente admitió.

Sin embargo la omisión de reservas en el acte de replanteo no siempre tiene la virtud de purgar la negligencia de la Administración, - como así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1979, en cuyo considerando séptimo se dice:

"... partiendo de estos datos, es claro, que no obstante la -- viabilidad afirmada en la segunda acta de comprobación del replanteo, no era posible que antes de la modificación del Proyecto, el contratista mantuviese un ritmo normal en la ejecución de las obras, pues había de desarrollarlas sobre una parcela desacorde con el proyecto ..."

Las reservas fundadas del contratista también determinan la -- suspensión de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, con los derechos reconocidos en el artículo 148 RCE, según ya indicamos anteriormente.

C) La suspensión de la iniciación de las obras con carácter - definitivo..- El contratista no puede iniciar las obras sin que se haya -

efectuado la comprobación del replanteo y se le ordene el comienzo de -- los trabajos. Como dice la STS de 23 de febrero de 1.979, "tampoco es du dosa la necesidad de obtener ese permiso administrativo para el comienzo de las prestaciones, lo cual como contrapartida, implica a la vez, que -- sólo desde la obtención de aquél pueden exigirse al contratista las obligi gaciones convenidas". Sin embargo, el contratista no puede quedar indefi nidamente a la espera de lo que resuelva la Administración sobre la ini ciación de las obras. El Pliego de 13 de marzo de 1903 contenía una pre visión muy insatisfactoria, ya que el contratista tenía que esperar un -- plazo de tres años sin poder iniciar las obras para que pudiera pedir la resolución del contrato (artículo 53). En cambio, el RCE proporciona una solución mucho más razonable, pues si la suspensión de la iniciación de las obras tuviera carácter definitivo por causa imputable a la Adminis tración, o ésta desistiese de las mismas, o, en fín, dejare transcurrir seis meses de la suspensión sin dictar y notificar al contratista la re solución que estime oportuna, éste tendrá derecho a la resolución del -- contrato y a percibir por todos los conceptos una única indemnización -- del 3 por 100 del precio de la adjudicación. De este derecho deberá hacer uso el contratista precisamente dentro del mes siguiente a la expiración del expresado plazo de seis meses (artículo 127 RCE, apartado F).

Según esto existen tres casos en que el contratista puede pe-- dir la resolución del contrato:

- 1º) Suspensión de la iniciación de las obras con carácter de-- finitivo por causa imputable a la Administración.
- 2º) Desistimiento de realizar las obras manifestado por la Ad ministración.

- 3º) Silencio de la Administración durante seis meses desde que acordó la suspensión, al no dictar y notificar al contratista la resolución oportuna.

El primer supuesto puede ser difícil distinguirlo del segundo en la práctica, pero según el texto reglamentario, es claro que lo que los diferencia es el elemento de la culpa, pues la suspensión definitiva ha de ser por causa imputable a la Administración, como sucederá en -- aquellos casos en que se llegue a la conclusión después de la suspensión de las obras, que éstas no es posible realizarlas por obstáculos de una u otra índole, que se deben a la negligencia de la Administración y que son imposible de salvar.

En cambio, el desistimiento no implica culpabilidad, sino todo lo contrario, el ejercicio de un derecho que tiene la Administración como "dominus operis" (arts. 1594 CC y 162 RCE). Por ello es criticable que -- las consecuencias que se establecen para la suspensión definitiva y el -- puro desistimiento se equiparen fijando una indemnización idéntica como ahora veremos. El desistimiento debería haber seguido el tratamiento que se le da en el artículo 162 RCE, pues no cambia de naturaleza por el -- hecho de que se manifieste en los inicios de las obras y no durante su -- desarrollo. Por otra parte, en este supuesto el contrato no queda resuelto por la petición que puede formular el contratista, sino por el propio desistimiento de la Administración.

Por último, en el caso del silencio administrativo, estamos de nuevo ante una actitud presumiblemente negligente, ya que el plazo de -- seis meses que se establece es más que suficiente para que se puedan -- adoptar las medidas conducentes a hacer viable las obras.

Las consecuencias en los tres casos son, sin embargo, las mismas: el contratista tiene derecho a pedir la resolución del contrato y a percibir por todos los conceptos una única indemnización del 3 por 100 - del precio de adjudicación, debiendo hacer uso de ese derecho dentro del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses; caducidad que sólo puede referirse al supuesto del silencio administrativo, pero no en los casos de suspensión definitiva culposa y de desistimiento, por la sencilla razón de que estos casos se pueden producir antes del transcurso de los seis meses.

D) Viabilidad del proyecto e iniciación de las obras. Tanto en el caso de una comprobación del replanteo de plena conformidad, como en los supuestos de que se consideren no fundadas las reservas del contratista, e igualmente cuando fueran superadas las causas que impidieran la iniciación de las obras antes de que el contratista haya podido instar la resolución del contrato, se procederá a dar la orden de iniciarlas. - En el primer caso esta orden se consigna en el mismo acta de comprobación del replanteo (apartado D) del artículo 127 RCE) que se suscribe por triplicado, remitiéndose un ejemplar a la Administración (órgano contratante), otro queda en poder de la Dirección de las obras y el tercero se entrega al contratista (cláusula 24 del PCAG) párrafo último).

Se puede plantear la cuestión de las consecuencias que se producen cuando el contratista inicia las obras sin que la Administración haya efectuado la comprobación del replanteo ni dado, por tanto, la orden de comienzo. En estos casos no es que falte el replanteo del proyecto, - pues es evidente que sin él no es posible técnicamente comenzar los trabajos. Lo que sucederá es que el contratista replanteará por sí solo la obra para poder emprenderla a continuación.

Cuando esto ocurre, la Administración puede interrumpir la obra iniciada sin comprobación de replanteo o puede admitir tácitamente que - los trabajos sigan su curso, sin que en este segundo caso pueda el contratista alegar la existencia de perjuicios derivados de la falta de replanteo, pues esto sería ir contra los propios actos.

La Jurisprudencia ha apreciado en algunos casos lo que podríamos llamar replanteos tácitos, es decir, deducidos de la conducta observada por las partes en el caso concreto. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1978 rebate la alegación del contratista de que no se había realizado el replanteo previo por los Servicios del Ayuntamiento, como causa justificativa de la no iniciación de las obras, afirmando:

"De forma implícita se ha producido la comprobación del replanteo, como requisito previo a la iniciación de las obras, pues éstas se iniciaron por la Empresa adjudicataria en los aspectos antes mencionados, según la misma reconoce, y ello comporta la necesaria autorización administrativa para la ocupación de los terrenos, autorización que dimana del acta de replanteo como expresa el Pliego de Cláusulas Administrativas generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por D. de 21 de diciembre de 1970, en su cláusula 24ª".

6. Gastos de la comprobación del replanteo.- La cláusula 13 -- PCAG dice que "el contratista estará obligado a satisfacer los gastos de licitación y formalización del contrato, las tasas por prestación de los trabajos facultativos de replanteo, dirección, inspección y liquidación de las obras y cualesquiera otras que resulten de aplicación, según las disposiciones vigentes, en la forma y cuantía que éstas señalen. Posteriormente, la cláusula 25 PCAG vuelve a establecer que son de cuenta del contratista los gastos de comprobación del replanteo, indicando que estos comprenden los de material, los de su propio personal y los de los representantes de la Administración, debiendo hacer efectivos los últimos en

la forma, plazos y cuantía que regulen las disposiciones vigentes y que se señalen en el pliego de cláusulas particulares de la obra de que se trate.

El Decreto 137/60, de 4 de febrero, convalidó la tasa por prestación de trabajos facultativos de replanteo, dirección, inspección y liquidación de las obras, cuando esas actividades se realizan por servicios dependientes del Ministerio de Obras Públicas y entidades estatales autónomas o empresas nacionales de él dependientes, y las obras se contratan por subasta, concurso, contratación directa o destajos (artículos 2 y 3).

En cuanto a la tasa por replanteo de las obras, el artículo -- 4º del Decreto establece que "el servicio formulará el presupuesto de -- gastos en el que de conformidad con la Instrucción de 21 de abril de 1910 se comprenderán las dietas, gastos de recorridos, jornales, materiales - de campo y gastos de material y personal de gabinete.

Consecuentemente, los pliegos de cláusulas particulares, señalan un coeficiente o porcentaje sobre la cifra del presupuesto de ejecución material que el contratista tiene en cuenta a la hora de hacer su - oferta, con lo que el importe de la tasa lo repercute a la Administra- - ción.

Por otra parte, es criticable la percepción de una tasa por -- gastos de comprobación de replanteo, ya que este tipo de exacción para-- fiscal se concibe siempre como contraprestación de un servicio público o la realización por la Administración de una actividad que se refiera, - - afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo (art. 26 LGT). En cambio la comprobación del replanteo es una actividad propia de la Admi-- nistración, realizada en cumplimiento de una obligación legal, que no re

quiere petición del contratista, aunque en caso de incumplimiento de esa obligación tenga éste último el derecho a que se realice, pero esto difiere de los presupuestos de la aplicación de la tasa.

III.- LA PLANIFICACION DE LOS TRABAJOS.-

Hemos indicado que la ejecución de la obra supone poner en marcha una empresa organizada, pues es menester ordenar y coordinar distintas actividades para conseguir el resultado final en el tiempo previsto y de acuerdo con los presupuestos económicos estudiados. Por ello, la planificación de la obra se impone en la formación de los proyectos, cuyos presupuestos sean superiores a cinco millones de pesetas. El artículo 63, B) RCE obliga a incluir "un programa del posible desarrollo de los trabajos en tiempos y coste óptimo de carácter indicativo". De otra parte, tanto en los concursos-subastas como en los concursos es obligado que el contratista incluya como parte integrante de su oferta, un plan de obra, con indicación de tiempos parciales para las distintas unidades e inversión a realizar en cada período contemplado, y al que se une una relación de los equipos humanos, maquinaria e instalaciones que se ponen a contribución de la obra. A estos efectos se utilizan documentos gráficos, siendo los más usuales las redes de precedencia "PERT" y los diagramas de barras "GANTT".

1. El programa de trabajos. Mas cualquiera que haya sido la planificación tomada en consideración a la hora de proyectar la obra o de licitarla, nuevamente se ha de incidir en tan importante aspecto cuando los trabajos se van a emprender. Así como la comprobación del replanteo supone ajuste de la obra en consideración al lugar o emplazamiento de la misma, la programación implica también una concreción referida al tiempo en que se han de desarrollar, pues este factor condiciona esencial

mente los rendimientos y costes previstos.

Según el RCE (art. 128, párrafo primero), el contratista tiene la obligación de presentar un programa de trabajo en el plazo de un mes - salvo causa justificada, desde la notificación de la autorización para - iniciar las obras, cuando así se establezca expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Se trata, pues, de una obligación cuya imposición queda a la iniciativa de la Administración. Sin embargo, la obligación de presentar el programa de trabajos debe establecerse en el pliego siempre que la ejecución total de la obra esté prevista en más de una anualidad.

La Administración ha de resolver sobre la idoneidad del programa dentro de los treinta días siguientes a la presentación, y hay que entender que su silencio no impone al contratista el deber de denunciarlo para que se produzca un acto presunto que sea desestimatorio (art. 94 - LPA), cuando ese silencio va ya acompañado de actos propios de la Administración, que tácitamente implican la aceptación del programa, pues los comportamientos propios de las relaciones contractuales deben prevalecer sobre las normas de procedimiento administrativo general que obedecen a otros designios.

A diferencia del plan de obra integrante del proyecto (artículo 22 LCE y 63 RCE), el programa de trabajos no depende de que el presupuesto exceda de cinco millones de pesetas, sino de que lo exija el pliego de cláusulas administrativas particulares, lo cual es de obligado cumplimiento por la Administración cuando la ejecución de la obra está prevista en más de una anualidad.

La doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administra-

tiva ha diferenciado el programa de trabajos exigido reglamentariamente de los planes de obra requeridos y los pliegos para la licitación. El informe 27/1973, de 27 de septiembre, señala a este respecto:

"El plan esquemático cabe definirlo como un documento de estudio a elaborar por los licitadores para acreditar su capacidad en conocimiento de la obra licitada y su proyección en el tiempo, cuya suficiencia debería ser apreciada por el Organó de contratación, con el alcance limitado a la admisión previa. Por el contrario, el programa de trabajo es un documento a formular por la Empresa con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 126 del Reglamento General de Contratación y - con el importante alcance que en él se establece. Las cláusulas 3ª y 6ª de la escritura pública de contrata refuerzan la importancia del programa de trabajo al establecer que los plazos parciales de ejecución serán fijados por la Administración al tiempo de aprobar el expresado programa de trabajo formulado por el contratista.

Por otra parte, el contenido de un programa de trabajo, según expresa la cláusula 27 del pliego de cláusulas administrativas generales aprobado mediante Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre (Boletín Oficial del Estado de 16 de febrero de 1971), es mucho más detallado y completo que el contenido que dió el -- pliego de cláusulas al plan esquemático".

2. Contenido del programa de trabajos. El programa de trabajos especifica, dentro de la ordenación general de los mismos, los períodos e importes de ejecución de las distintas unidades de obra compatibles -- con los plazos parciales establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares para la terminación de las diferentes partes fundamentales en que se haya considerado descompuesta la obra (art. 128 RCE, párrafo 2º).

La cláusula 27 PCAG desarrolla el precepto reglamentario, indicando que en el programa de trabajos a presentar, en su caso, por el contratista se deberían incluir los siguientes datos:

a) Ordenación en partes o clases de obra de las unidades que integran el proyecto, con expresión del volumen de éstas.

b) Determinación de los medios necesarios, tales como personal, instalaciones, equipo y materiales, con expresión de sus rendimientos medios.

c) Estimación en días calendario de los plazos de ejecución de las diversas obras u operaciones preparatorias, equipos e instalaciones y de los de ejecución de las diversas partes o clases de obras.

d) Valoración mensual y acumulada de la obra programada, sobre la base de las obras u operaciones preparatorias, equipo e instalaciones y partes o clases de obra a precios unitarios.

e) Gráficos de las diversas actividades o trabajos.

Al confeccionar esta programación y puesto que, como ahora veremos, queda integrada en el contrato, los contratista procuran adaptar los ritmos de ejecución a las anualidades existentes, con el fin de evitar inversión sin la contrapartida de cobro. De otro lado, el programa de trabajos debe ser fiel reflejo de las posibilidades reales de iniciar las distintas unidades de obra en los tiempos parciales previstos, de tal modo que si en el momento de su redacción y presentación faltasen de finiciones o se preven cambios que pueden alterar el curso normal de los trabajos, deben hacerse las pertinentes indicaciones, pues una omisión en este estido puede perjudicar los derechos del contratista. El Consejo de Estado tiene sentado en Dictamen de 11 de julio de 1974 (Expediente - 39.083) la doctrina siguiente:

"Por lo que respecta a la cuestión de fondo, estima el Consejo que las alegaciones hechas por el contratista en el sentido - de que es imputable negligencia a la Administración por cuanto que ésta, en su opinión debió haber efectuado un estudio - geológico del terreno con carácter previo a la adjudicación - del contrato, no compensan jurídicamente el acto propio realizado por el recurrente por cuanto que X.X. propuso con posterioridad a la adjudicación un plan de trabajo, que fue aprobado por la Dirección General, pero que se ha incumplido al no haberse iniciado las obras, y es claro que antes de formalizarlo la misma empresa adjudicataria debió tomar las cautelas precisas o formular las reservas adecuadas en orden a la viabilidad o inviabilidad para llevar a cabo la ejecución de la obra".

3. Exigibilidad recíproca del programa de trabajos.- La programación de los trabajos es una obligación del contratista cuando lo exige el Pliego, hasta el punto de que la falta de presentación del programa dentro de un mes contado desde que recibió la orden de iniciación de la obra en el acta de replanteo, determina la suspensión del pago del precio correspondiente a la obra ejecutada. El Director de la obra -dice el párrafo último del artículo 128 RCE- podrá acordar no dar curso a las certificaciones de obra hasta que el contratista haya presentado en debida forma el programa de trabajo cuando éste sea obligatorio, sin derecho a intereses de demora, en su caso, por retraso en el pago de estas certificaciones.

Mas una vez que el contratista presenta el programa de trabajo, éste se convierte en parte integrante del contrato, pues dice el artículo 129 RCE que "el acta de comprobación del replanteo y los plazos parciales que pueden fijarse al aprobar el programa de trabajos se entenderán como integrantes del contrato a los efectos de su exigibilidad".

La jurisprudencia ha interpretado correctamente este artículo 129 RCE, afirmando el carácter contractual del programa o plan de obra -

y no exclusivamente en cuanto a los plazos parciales, como acaso pudiera deducirse del citado precepto. La sentencia de 2 de julio de 1.979 dice que "el plan de obra suscrito el 1 de octubre de 1971 tiene efecto vinculante por integrarse en el contrato -artículo 129- y servirá de base al reajuste de anualidades efectuadas el 13 de noviembre de 1971 con la conformidad del contratista".

También la doctrina del Consejo de Estado ha destacado la importancia que tiene el programa de trabajos dentro del contrato. En el Dictamen de 11 de julio de 1971 (Exp. núm. 37.611) se dice lo siguiente:

"Primera.- El programa de trabajo o plan de obra es un elemento sustancial en el contrato administrativo de obras.

En este tipo de contratos, la Administración vela por los intereses públicos, imponiendo a los contratista, a través de los pliegos de condiciones facultativas y técnicas, unas determinadas condiciones mínimas en cuanto a calidad, duración y precio de las obras. Para poder cubrir tales condiciones y obtener un legítimo beneficio, el contratista pondera y establece su organización interna y la adecuada utilización de su personal e instrumentos de trabajo. Es, pues, el programa de trabajo bien definido, fruto de los oportunos estudios técnicos, económicos, financieros y de cualquier otra índole el -- que permite al licitador confiar en el rendimiento de su oferta, acomodada a las exigencias administrativas y al previsible endurecimiento de las mismas por la competencia de otros posibles licitadores".

Porque esto es así, es por lo que tanto la Administración como el contratista tienen el recíproco derecho de exigir que el programa de trabajos se cumpla. Para la Administración el cumplimiento del programa es garantía de que la obra se ha de ejecutar en unos plazos parciales -- que garantizan el total del contrato; si esos plazos parciales no se cumplen, la Administración puede optar por la resolución del contrato o la

imposición de penalidades (artículo 138 RCE). Pero también el contratista tiene derecho a que se le permita cumplir el programa de trabajos, -- pues sólo así se le garantiza de que los precios señalados para cada una de las unidades de la obra no queden por debajo de los costes que están en función de un concreto planeamiento de la obra. Por ello, cuando por causas imputables a la Administración se altera el programa de trabajos, nace en favor del contratista un derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se le produzcan. El fundamento legal de una pretensión de indemnización de daños y perjuicios se encuentra sin dificultad en los artículos 53 LCE y 158 RCE, según los cuales "el incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato originará su resolución sólo en -- los casos previstos en esta legislación, pero obligará a aquélla, con carácter general, al pago de los perjuicios que por tal causa se le irroguen al contratista".

La responsabilidad de la Administración por modificación unilateral del programa de trabajos ha sido también objeto de atención por la doctrina del Consejo de Estado. En el Dictamen últimamente citado, se -- hacen las consideraciones siguientes, teniendo en cuenta el Derecho aplicable al caso contemplado:

"Cuarta.- La modificación ordenada obliga a la Administración a responder de sus consecuencias.

Hay que rechazar la idea de que la manifestación legal de que el contrato se celebra 'a riesgo y ventura del contratista' implique que recaigan sobre éste las consecuencias perjudiciales de una modificación de las condiciones contractuales que se deba a voluntad propia y exclusiva del otro contratante, -- aunque se trate de la propia Administración. Si se admitiese tal interpretación, se caería en el absurdo de estimar que -- los contratos administrativos no obligan más que a una de las partes sin otras limitaciones que las impuestas por el interés público. El 'riesgo y ventura del contratista' supone, de

acuerdo con las normas generales de Derecho, que las obligaciones contractuales deberán ser cumplidas, atemperándolas, - es cierto, a las alteraciones razonablemente impuestas por -- las circunstancias, pero sin que las nuevas circunstancias re-- sulten más onerosas para el contratista, porque, en este su-- puesto, debe volver a restablecerse el equilibrio económico, mediante las compensaciones que se estimen justas. Lo contra-- rio vulneraría los principios generales de Derecho.

En el Derecho Administrativo, la responsabilidad extracontrac-- tual del Estado viene reconocida claramente por el artículo - 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Es-- tado. Y en la normativa especial aplicable al presente caso, constituida fundamentalmente por el Pliego de Condiciones Ge-- nerales de 1903, se viene a establecer el mismo principio, to-- da vez que en el artículo 48 se dispone la fijación de pre-- cios contradictorios cuando se introduzcan modificaciones que supongan empleo de materiales o ejecución de obras que no fi-- guren en el presupuesto de la contrata.

Ciertamente que la legislación especial no considera el caso preciso de modificación del programa de trabajo que aquí se - examina; pero tampoco excluye el derecho a una indemnización que pudiera razonablemente aplicarse por interpretación analó-- gica del citado artículo 48 del Pliego de Condiciones Genera-- les. Y si se excluye la interpretación analógica, deberá acu-- dirse, entonces, a las normas de Derecho común aplicadas con el carácter de supletorias, que llegan al mismo resultado.

Según establece el Código Civil, los contratos una vez per-- feccionados, obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamen-- te pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la -- ley (artículo 1258) sin que aquel cumplimiento pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256). Una - de las consecuencias del contrato es la de que cada parte de-- be permitir a la otra cumplir su prestación en la forma y con-- diciones pactadas, ya que las obligaciones que nacen de los - contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos (artículo 1091 del -- propio Cuerpo legal). Los que contravinieren dicho tener de - cualquier modo, quedan sujetos a la indemnización de los da-- ños y perjuicios causados (artículo 1101). La cual comprende-- rá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido la otra -- parte, sino también el de la ganancia que haya dejado de obte-- ner (art. 1106)".

Sobre el mismo caso estudiado en este Dictamen del Consejo de Estado, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 30 de noviembre de 1970, se había pronunciado declarando la necesidad del informe previo del Alto Cuerpo Consultivo y reconociendo al propio tiempo el derecho -- del contratista a ser indemnizado de los daños y perjuicios que cuantificaba como consecuencia de la modificación del programa de trabajos. En -- el segundo considerando de la sentencia se sienta la siguiente doctrina:

"CD0.: Que la primera pretensión, como la de los 15.824.083 pepesetas exactamente, se refiere a los daños que la contrata dice se le han producido por haber sido alterados los planes de ejecución de la obra, a consecuencia de que la carta (obobrante en el dossier I, unido al documento número 1) que lleva fecha de 28 de mayo 1965, por la que la Jefatura Aérea del área de Canarias, comunica a las empresas contratistas que las obras a ejecutar en la pista auxiliar del Aeropuerto de Tenerife de 3.400 metros han de realizarse en dos fases sucesivas, como -- prendiendo la primera 1.700 metros y la segunda otros 1.700 -- metros, de forma que, mientras en la primera se realizan las obras previstas, la segunda continua en servicio hasta que concluya la primera, en cuyo momento habrán de consumarse las -- obras de la segunda; siendo de estimar, ante todo, que esta -- directriz en la operativa de la obra, que supone modificación indudable del planeamiento primitivo, no nace de una fuerza -- mayor que según conocidísima doctrina une los conceptos de -- imprevisibilidad, inevitabilidad e irresistibilidad (sentencias tipo de 20 junio 1.916, 2 febrero 1.926, 2 enero 1.945, recogiendo el concepto romanista del Digesto Libro IV, título II, Ley 2ª, 'Vis est majoribus rei impetus qui repellit non -- potest', o en Gayo, Libro I, párrafo IV, 'Major casus est, -- cui humana infirmitas resistere non potest') como hubieran poudido ser un accidente telúrico o un movimiento sísmico u otro acontecimiento catastrófico, porque el accidente de aviación ocurrido en el Aeropuerto de los Rodeos en 5 de mayo de 1.965 no constituye el hecho originario que por su fuerza ilativa -- con la obligación pueda ser la causa obstativa de su cumpli-- miento, tal como el concepto jurídico de fuerza mayor exige -- (S. de 4 de junio 1.902) sino tan sólo una oportunidad experi-- mental sin que, por estimarlo así prudencialmente la Adminis-- tración y como consecuencia siempre indirecta del acaecimien-- to, que nada tenía que ver con las obras, le hizo adoptar la

modificación del plan de trabajo como 'consecuencia de las dificultades surgidas de la puesta en servicio de la pista auxiliar'; por lo que el Mº del Aire modificó el programa inicial de ejecución de la obra; lo que supone el ejercicio administrativo del 'ius variandi', precisamente porque reconsiderando la Administración el asunto, en común beneficio, sin duda, propio de la gestión administrativa, lo modifica en cuanto a las condiciones del contrato, sin duda también a virtud de un acto lícito que afecta a puede afectar a las prestaciones a que venía obligado el contratista, con vistas al interés general y público que a la Administración está encomendado, pero que, constituyendo un privilegio por su procedencia unilateral, característica de su actividad, hace que la Administración pueda o deba, en su caso, responder de los perjuicios de ese acto, típico de su poder, ya que, al entrañar esa modificación contractual, tiene que medir y aplicar el equilibrio financiero y, si a ello ha lugar, producir consecuentemente, la indemnización al contratista para compensar el perjuicio económico en el caso de que se le hubiere irrogado, -- única manera de que no se perturbe la equivalencia de prestaciones en el contrato administrativo; situación jurídica esta que indudablemente supone, por sus características, una novación".

Aunque el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado llegan a la conclusión de que la modificación del programa de trabajos obliga a la Administración a indemnizar daños y perjuicios, la argumentación difiere sustancialmente. A nuestro juicio, es más correcta la utilizada por el Alto Cuerpo Consultivo, pues la modificación del programa de trabajos no es una manifestación del "ius variandi" de la Administración, premisa de la que parte la sentencia del Tribunal Supremo. En su momento veremos que el ejercicio de la potestad de modificación tiene una razón y unos límites que impiden utilizarla para justificar lo que son auténticos incumplimientos contractuales.

4. Programación y anualidades. El carácter contractual del programa de trabajos se pone también de manifiesto cuando se contempla particularmente la financiación de las obras. El programa sirve para que

la Administración pueda conocer con qué ritmo se va a ir consumiendo el crédito presupuestado, lo cual es importante, pues ella debe cuidar de - que la financiación de los contratos se ajuste al ritmo óptimo de la ejecución de la prestación, según dicen los artículos 12 LCE y 30 RCE, que añaden que por los órganos de contratación deben adoptarse a este fin, las medidas que sean necesarias al tiempo de la programación de las anualidades y durante el período de ejecución, de conformidad con la Ley de Presupuestos.

Ahora bien, el ritmo óptimo es un concepto indeterminado (15) que se concreta en la práctica en función de la necesidad de cumplir el plazo pactado para la ejecución de la obra, el cual puede acelerarse si ambas partes, de común acuerdo, así lo establecen. Esta última posibilidad la prevé la cláusula 53 PCAG. La cláusula empieza por enunciar el -- principio del equilibrio entre previsión financiera y ritmo de ejecución: "Las anualidades de inversión previstas para las obras se establecerán de acuerdo con el ritmo fijado para la ejecución de las mismas" (el ritmo se conoce con la aprobación de los plazos parciales señalados en el programa de trabajos). Mas a continuación se faculta al contratista para "de-- sarrollar los trabajos con celeridad mayor que la necesaria para ejecu-- tar las obras en el tiempo prefijado en el contrato, salvo que a juicio de la Dirección existiesen razones para estimarlo inconveniente". Esas - razones serán normalmente de carácter técnico, porque financieramente el único que puede perjudicarse es el contratista al invertir en mayor medi-- da de lo que cobra. Efectivamente, el contratista no tiene derecho a per-- cibir en cada año, cualquiera que sea el importe de lo ejecutado o de -- las certificaciones expedidas, una cantidad mayor que la consignada en - la anualidad correspondiente.

Mas puede ocurrir que sea la Administración la que por razones de interés público y de modo excepcional provoque la aceleración de los

trabajos. En este caso como se puede causar un perjuicio al contratista, la Administración no puede decidir por sí sola; de aquí la cláusula 53 PCAG, que dispone:

"Cuando excepcionalmente, la aceleración de los trabajos venga exigida por razones de interés público, la Administración se lo comunicará al contratista y se redactará, si existe -- acuerdo, un nuevo programa de trabajos acoplándolo a las nuevas circunstancias con la fijación, en su caso, del nuevo -- plazo total del contrato. En este supuesto, la Administración procederá, de conformidad con el contratista, a un reajuste de anualidades, siempre que lo permitan los remanentes de los créditos de que disponga el Departamento Ministerial correspondiente".

Como vemos la inalterabilidad del programa de trabajos es tal que su modificación, por vía directa, se sustrae al "ius variandi" de la Administración. Solamente cuando este derecho se ejercita legítimamente puede implicar la revisión y, en su caso, modificación del programa de trabajos. Así se desprende del artículo 152 RCE, conforme al cual "cuando por retraso en el comienzo de las obras sobre lo previsto al iniciarse el expediente de contratación, paralizaciones autorizadas de las obras, prórrogas de los plazos parciales o del total, modificaciones en el proyecto o por cualquier otra causa justificada se produjese desajuste -- entre las anualidades establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares integrado en el contrato y las necesidades reales en el orden económico que el normal desarrollo de los trabajos exija, la Administración procederá a reajustar las citadas anualidades siempre que lo permitan los remanentes de los créditos aplicables de que disponga -- el Departamento ministerial correspondiente. Para efectuar un reajuste -- de las anualidades que rigieron en el contrato será necesario la conformidad del contratista para que la Administración pueda acordarlo. Cualquier reajuste de anualidades exige la revisión del programa de trabajo,

acoplándolo a las también nuevas circunstancias, y precisará la aprobación de la Administración.

IV.- OCUPACION TEMPORAL DE BIENES INMUEBLES Y APROVECHAMIENTO DE MATERIALES.-

La ejecución de las obras públicas implica tener que ocupar -- además del terreno en el que han de quedar emplazadas, otros bienes inmuebles de propiedad pública o privada, los cuales son necesarios para -- asentar en ellos instalaciones, construir caminos de acceso, extraer materiales, etc.

La última actividad preparatoria de la ejecución de la obra -- pública que estudiaremos, se refiere, pues, al cumplimiento de los trámites y requisitos necesarios para poder ocupar determinados bienes inmuebles para su uso o aprovechamiento.

1. Ocupación temporal para el uso de bienes inmuebles de propiedad pública.- La ocupación temporal de estos bienes puede tener como primera finalidad el servir de emplazamiento a las instalaciones, accesos, almacenes, parques de maquinaria, etc. Se tratará entonces de utilizar terrenos vecinos o adyacentes a los de la propia obra, los cuales -- habrán sido normalmente previstos por las expropiaciones realizadas para atender las necesidades previstas en el Proyecto. Si esta previsión no -- se hubiera hecho o fuese insuficiente, debe ponerse de manifiesto esta -- circunstancia en el acta de comprobación del replanteo, que será fácilmente subsanable si los terrenos necesarios son de la propiedad del Estado, pues bastará ampliar a ellas su disponibilidad. Si los terrenos no -- están todavía expropiados y ya se contaba con ellos cuando se elaboró el Proyecto, la Administración tendrá que proceder a la adquisición de los mismos de acuerdo con lo establecido en la cláusula 30 PCAG. Entre tanto,

la iniciación de la obra puede quedar suspendida con las consecuencias - que ya hemos visto se producen en el momento de la comprobación del replanteo.

Además de los terrenos propiamente dichos, puede ser necesaria la ocupación de edificios propiedad del Estado, lo cual es frecuente cuando son obras de nueva planta anejas a los mismos o de reforma que -- inevitablemente obligan a su ocupación. Como en los casos anteriores esta ocupación temporal debe estar prevista en el proyecto, comprobándose su disponibilidad, sin impedimentos, en el acta de comprobación del replanteo.

Mas tanto en el caso de terrenos como en el de edificios, la duración de la ocupación viene determinada por la de la obra, a cuyo término deberán ser devueltos en el estado normal de uso en que se encuentran y beneficiándose la Administración de las mejoras que en ellos se -- hayan introducido y puesto que se trata de una posesión temporal se le -- impone al contratista el deber de conservar y reparar propio de quien -- tiene la obligación de devolver.

La cláusula 32 PCAG regula las obligaciones del contratista -- derivadas del uso de bienes inmuebles del Estado, así como la forma de -- acreditar la puesta en posesión y su posterior reversión.

Cuando el contratista ocupe temporalmente edificios u otros -- bienes inmuebles del Estado tendrá la obligación de conservarlos y de repararlos en el caso de deterioro, para hacer su entrega, antes de la recepción definitiva de la obra, en perfecto estado de conservación, sin -- derecho a indemnización alguna por ello ni por las mejoras eventualmente realizadas en los elementos utilizados.

Si al hacer la entrega no hubiese cumplido el contratista con lo prescrito en el párrafo anterior, lo realizará la Administración a - costa de aquél, incluso con cargo a la fianza depositada.

Tanto el acto de la ocupación por el contratista como el de la posterior entrega por éste a la Administración deberán ser recogidos en sendas actas descriptivas del estado de los bienes de que se trata, con su correspondiente inventario, en su caso. Tales actas deberán ser suscritas por el Director y por el contratista o su Delegado.

2. Ocupación Temporal para el aprovechamiento de bienes inmuebles de propiedad pública.- La Administración coopera a la mejor ejecución de la obra poniendo a disposición del contratista terrenos en los que existen sustancias minerales de utilidad para la construcción, como es el caso más común de las rocas que se aprovechan como escollera, piedra o, debidamente tratadas, como áridos de diferente tamaño. La cláusula 35 PCAG dice que "el contratista puede aprovechar, con destino a la obra contratada, las sustancias minerales que se encuentren en los terrenos del Estado o de Corporaciones Locales, incluso de naturaleza comunal, así como abrir y explotar canteras en ellos, con sujeción a las normas y prescripciones establecidas por el ente público titular de aquéllos, con obligación de darle aviso anticipado de sus actividades previstas y respetando y reponiendo las servidumbres existentes, así como adoptando las medidas oportunas para no perturbar el libre y seguro uso de dichos terrenos. En todo caso la actividad del contratista en esta clase de terrenos ha de ser compatible con las explotaciones que en ellos lleve a cabo el expresado titular".

La alusión que hace esta cláusula a "las normas y prescripciones establecidas por el ente público titular", han de ser referidas a las que se contienen en la vigente Ley de Minas de 21 de julio de 1973 (LM)

y especialmente a las normas que conciernen a yacimientos de los que se proveen ordinariamente las obras públicas, como son los yacimientos minerales comprendidos en la llamada Sección A) por el artículo 3 de la Ley, según el cual pertenecen a esta sección "los yacimientos de escaso valor económico y comercialización geográficamente restringida, así como aquellos cuyo aprovechamiento único sea el de obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización directa en obras de infraestructura, construcción y otros usos que no exigen más operaciones que las de arranque, quebrantado y calibrado."

La cesión del derecho de aprovechamiento de estas sustancias minerales que se encuentran en terrenos patrimoniales del Estado, Provincia o Municipio, está autorizada por el artículo 16 LM, apartado 2, - declarando el mismo que cuando se encuentren en terrenos de dominio y -- uso público, serán de aprovechamiento común; añadiendo el artículo siguiente que para ejercitar el derecho de aprovechamiento de estos recursos deberá obtenerse previamente a la iniciación de los trabajos, la oportuna autorización de explotación de la Delegación Provincial correspondiente del Ministerio de Industria, la cual, previa identificación del terreno y comprobación de su titularidad otorgará, una vez clasificado el recurso mineral existente, la autorización de explotación, imponiendo, si proceden, las condiciones oportunas en orden a la protección del medio ambiente.

En este punto cobra singular relieve el enunciado que hace el artículo 131, párrafo 2º RCE del deber del órgano contratante de la Administración, en cuanto a facilitar las autorizaciones y licencias de su - competencia y prestar apoyo en los demás casos. Este apoyo debe ser traducido en una auténtica obligación de cooperación exigible por el contratista, pues se trata, en definitiva, de órganos que aunque tengan compe-

tencias distintas se integran en un solo ente que es la Administración Pública que asume la condición de parte en el contrato concertado con la empresa contratista.

Por lo demás, junto a estos trámites administrativos que han de cumplirse para obtener la pertinente autorización, los contratistas se verán en la necesidad de pactar con los entes locales contratos de -- arrendamiento de terrenos para canteras, por los que tendrán que pagar -- un canon o renta y con las obligaciones de someterse a los procedimientos singulares establecidos para ceder aprovechamientos de bienes de dominio público o patrimoniales (comunales y de propios), --según las disposiciones contenidas en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955 (RBCL) y en el de Contratación de las mismas entidades, de 9 de enero de 1953 (RCCL).

3. Ocupación temporal para el uso y aprovechamiento de bienes de propiedad privada. -- La ocupación de estos bienes viene determinada -- por las necesidades que surgen una vez contratadas las obras, las cuales dependen, en gran medida, de cómo el contratista seleccionado organiza -- y dispone los medios con los que se auxilia para desarrollar los trabajos; y siendo los bienes que ahora se consideran de propiedad privada, -- es inexcusable que se siga escrupulosamente el procedimiento establecido en la Ley de Expropiación Forzosa, por respeto a la norma de rango constitucional según la cual "nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la -- correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes (artículo 33, apartado 3 de la Constitución de 1978).

Según el artículo 1º de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, la expropiación forzosa comprende "cualquier forma

de privación singular de la propiedad privada o de derechos e intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o una cesión de ejercicio".

La cláusula 31 PCAG se remite a la regulación contenida en la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) y su Reglamento de 26 de abril de 1957 (REF), cuando regula la "ocupación temporal de terrenos a favor del contratista". Este puede solicitar de la Administración la incoación de expediente de ocupación temporal de terrenos en su favor, en los casos previstos en el artículo 108 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa y -- con sujeción al procedimiento ordenado en el título IV, capítulo I, de dicha Ley y preceptos concordantes de su Reglamento, y se dispone que se rán de cuenta del contratista cuantos gastos e indemnizaciones se produzcan por tal concepto.

El artículo 108 abre el capítulo que la LEF dedica a las ocupaciones temporales como caso singular de privación de propiedad, disponiendo:

"La Administración, así como las personas o entidades que se hubieran subrogado en sus derechos, podrán ocupar temporalmente los terrenos propiedad del particular en los casos siguientes:

1. Con objeto de llevar a cabo estudios o practicar operaciones facultativas de corta duración, para recoger datos para la formación del proyecto o para el replanteo de una obra.
2. Para establecer estaciones y caminos provisionales, talleres, almacenes, depósitos de materiales y cualesquiera otros más que requieran las obras previamente declaradas de utilidad pública, así por lo que se refiere a su construcción como a su reparación o conservación ordinarias.

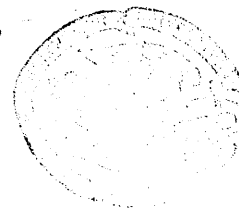
3. Para la extracción de materiales de toda clase necesarios - para la ejecución de dichas obras, que se hallen diseminados - por la propiedad o hayan de ser objeto de una explotación formalmente organizada.

4. Cuando por causa de interés social, y dándose los requisitos señalados en el artículo 72, la Administración estime conveniente, no haciéndolo por sí el propietario, la realización por su cuenta de los trabajos necesarios para que la propiedad cumpla con las exigencias sociales de que se trate".

De los cuatro casos enunciados sólo el segundo y el tercero merecen nuestra atención, pues son los que inciden en la etapa contractual que estamos estudiando.

En primer lugar conviene precisar que, como indica PERA VERDAGUER (16), la LEF (artículo 108) y el REF consideran legitimada para -- ocupar temporalmente los bienes de propiedad privada, a la Administración y a las personas o entidades que se hubiesen subrogado en sus derechos. Cuando estas normas se refieren a una titularidad por subrogación, se es tá aludiendo a las personas o entidades a las que la Administración ha -- encomendado la ejecución material de las obras o la explotación de los -- servicios de que se trate. Por ello dice este autor que son principalmente los contratistas y concesionarios de obras públicas, respecto de los que la jurisprudencia ha declarado que no pueden, sin los trámites de la LEF, ocupar la propiedad privada ni interrumpir el ejercicio de los dere chos dominicales de los particulares.

La ocupación temporal regulada en la LEF guarda una estrecha -- relación con la constitución forzosa de servidumbres (17), por lo que -- lógicamente se excluyen de ella las viviendas. En los casos en que su -- franqueamiento pueda ser de necesidad para los fines abordados en el artículo 108, deberá obtenerse el permiso expreso del morador (artículo -- 109 LEF).



Seguidamente examinaremos por separado los distintos procedimientos que deben seguirse según se trate de ocupaciones temporales contempladas en el número dos o en el número tres del artículo 108 LEF.

A) Procedimiento para ocupar temporalmente terrenos con destino a instalaciones.— El artículo 108, núm. 2 enumera el establecimiento de estaciones y caminos provisionales, talleres, almacenes, depósitos de materiales y cualesquiera otros más que requieran las obras, por lo que se trata de una simple enunciación. El procedimiento está regulado en los artículos 111 a 115 y 127 a 129 REF, y podemos resumirlo así:

a) Declaración de utilidad pública o interés social, que se tiene por hecha si la misma existe en cuanto a las obras de que se trate, teniendo en cuenta, además, que este requisito está implícitamente cumplido, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio (art. 10 LEF).

b) El contratista, beneficiario de la ocupación, viene obligado a formular una relación concreta e individualizada en la que se describan en todos los aspectos, material y jurídico, los terrenos cuya -- ocupación temporal se considere necesaria a los fines de la expropiación. Esta relación la recibe el Gobernador Civil, quien abre un período de -- información pública para alegaciones durante un plazo de 10 días. A la vista de las alegaciones el Gobernador Civil resuelve sobre la necesidad de la ocupación con carácter ejecutivo, esto es, sin ulterior recurso, sin perjuicio de los procedimientos ulteriores para determinar el -- justo precio (arts. 111 LEF y 127 REF). Hay que advertir que según el artículo 98 LEF, las facultades de incoación y tramitación de expedientes relacionados con los Servicios de Obras Públicas, corresponderán a los Ingenieros Jefes de los servicios respectivos, asumiendo éstos, en esa materia,

las facultades que en la Ley se atribuyen con carácter general a los Gobernadores Civiles.

c) Declarada la necesidad de la ocupación se pasa a determinar la indemnización. Según el artículo 115 LEF las tasaciones se referirán siempre a la apreciación de los rendimientos que el propietario -- hubiera dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando además los perjuicios causados en la finca, o los gastos que suponga restituirla a su primitivo estado. Nunca deberá alcanzar la tasación de la ocupación el valor de la finca y si fuese excesiva se podrá optar por la expropiación siempre que su importe no exceda de la mitad de los daños y perjuicios causados. Con independencia de ello la LEF distingue a su vez dos supuestos según que sea posible o no evaluar de antemano la indemnización.

En el primer caso se intentará por el contratista beneficiario, antes de la ocupación, un convenio con el propietario, para determinar - el importe de la indemnización, haciéndose una oferta al interesado, con cediéndosele un plazo de 10 días para que conteste lisa y llanamente si acepta o rehusa dicha oferta. Si acepta expresamente no contesta en el - plazo indicado, haciéndose el pago o consignación de la cantidad ofrecida y la finca podrá ser ocupada, desde luego, sin que pueda haber lugar a reclamación de índole alguna (artículo 112 LEF). Si la oferta es re- - chazada expresamente, las partes elevarán al Jurado Provincial de Expropiación sus tasaciones fundadas, el cual resolverá con carácter ejecutivo en el plazo de 10 días (artículo 113 LEF).

Cuando no sea posible señalar de antemano la importancia y du ración de la ocupación, se intentará un convenio con el propietario para fijar una cantidad alzada suficiente para responder del importe de aqué-

lla. En caso de desacuerdo, así como para determinar en su día el importe definitivo, se procederá en la forma indicada anteriormente, es decir, se elevan las tasaciones al Jurado de Expropiación para que resuelva. -- Antes de que se proceda a la ocupación de la finca, sin haberse pagado el importe definitivo de la indemnización se hará constar el estado de la finca con relación a cualquier circunstancia que pudiera ofrecer dudas para la valoración definitiva de los daños causados (artículo 114 -- LEF).

Por último, puede suceder que se plantee una discrepancia previa a la de la tasación, si hay disconformidad sobre la posibilidad de evaluar de antemano la indemnización. En este caso el particular debe manifestarlo al rechazar la oferta del precio que se la haga y alegar en el trámite previsto ante el Jurado de Expropiación, las razones por las que estima la evaluación inicial, y éste dará traslado al beneficiario del escrito del particular y en el plazo de diez días, evaluado o no la contestación por este último, el Jurado resolverá sobre esta cuestión -- previa, y decidido este punto se seguirá uno de los procedimientos indicados en los artículos 113 y 114 LEF, anteriormente estudiados.

B) Procedimiento para ocupar temporalmente terrenos con destino a la extracción de material. -- Cuando la ocupación temporal tiene por objeto la extracción de materiales de toda clase, necesarios para la ejecución de las obras, la indemnización comprende el valor de los mismos -- cuando estuviesen recogidos y apilados por el propietario antes de la notificación de su necesidad por la Administración, o cuando las canteras se encontrasen abiertas y en explotación con anterioridad a la misma fecha, acreditándose en uno y otro caso la necesidad de los materiales y los productos para su uso. Fuera de este supuesto, para que proceda el abono del valor de los materiales que se extraigan de una finca, deberá

acreditar el propietario los siguientes requisitos que indica el artículo 116 LEF.

Primero.- Que dichos materiales tienen un valor conocido en el mercado.

Segundo.- Que ha satisfecho la contribución correspondiente a la industria que por razón de dicha explotación ejerza en el trimestre anterior a aquél en que fue declarada la necesidad de la ocupación.

Por consiguiente, el mismo precepto aclara que no bastará para declarar procedente el abono de los materiales el que en algún tiempo se haya podido utilizar alguno, con permiso del propietario, o mediante una retribución cualquiera. Tampoco se tendrán en cuenta las reclamaciones - por indemnización de beneficios que se presuman como efecto de arriendos para establecer determinadas industrias si no estuvieran establecidas en las condiciones expresadas.

Los trámites del procedimiento en el caso que nos ocupa vienen indicados en el artículo 130 REF y son los siguientes:

a) En el plazo de cinco días a partir de la notificación que - reciba el propietario sobre la necesidad de la ocupación, éste podrá impugnar dicha necesidad ante el Gobernador Civil de la Provincia (Ingeniero Jefe de Obras Públicas, en su caso), el cual resolverá con carácter - ejecutivo.

b) En un plazo de cinco días deberá acreditar el propietario - la concurrencia de los dos requisitos que han quedado indicados más arriba, para que haya lugar a indemnización.

c) Acreditados estos requisitos se intentará por el contratista beneficiario un convenio con el propietario acerca del importe de la indemnización, ofreciéndole en tal concepto la cantidad que se considere ajustada al caso y concediéndose al interesado el plazo de diez días para que conteste lisa y llanamente si acepta o rechaza la oferta.

d) En los casos en que el beneficiario estimara imposible evaluar de antemano la indemnización, o cuando el propietario discrepara -- del mismo acerca de este extremo, se indicará si ante el Jurado Provincial de Expropiación quien resolverá previos los trámites señalados en -- el artículo 128 RFE, ya examinados en el supuesto anterior de ocupación temporal.

C) Garantías jurisdiccionales.-- El respeto a los procedimientos que se acaban de examinar viene reforzado por lo que la LEF denomina garantías jurisdiccionales reguladas en su título V, en el que insiste -- en el principio de que nadie puede ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes (art. 124), y a continuación añade que siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustancia les de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de -- ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en la Ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los -- demás medios legales precedentes, los interdictos de retener y recobrar para que los jueces le amparen y en su caso le reintegren en su posición amenazada o perdida.

V.- FINANCIACION DE OPERACIONES PREPARATORIAS.--

Mediante los pagos a buena cuenta de la obra certificada, se --

consigue que el contratista no tenga que financiar totalmente el coste de los trabajos. Sin embargo, esto no le evita tener que adelantar dinero. El contratista cobra siempre después de haber ejecutado la obra que la Administración va certificando, por lo que, tiene que financiarla pagando proveedores, tasas de maquinaria, etc. No obstante, el contratista procurará recuperar esa financiación incluyendo su coste en el precio -- ofertado.

La rigidez presupuestaria del gasto público se ha venido flexibilizando para hacer posible que el contratista obtenga cierto volumen de financiación antes de emprender la obra, pues con ello no sólo se beneficia él, sino la propia Administración que no soportará la repercusión de los costes financieros de algunas actividades preparatorias, en la medida en que ella facilite al contratista numerario para poder realizar-- las.

En el Derecho francés existe la posibilidad de que el contratista obtenga un anticipo ("avance forfaitaire") de un 5 por 100 del precio correspondiente a la obra que se prevé ejecutar en el primer año -- (18). Además, se regulan anticipos para la realización de instalaciones, adquisición o fabricación de materiales, maquinaria y utillajes necesarios para la ejecución de los trabajos, acopios e incluso, en atención a las circunstancias económicas generales o las particulares del -- contrato (instalaciones especiales, acopios importantes, etc.), se prevé un anticipo de puesta en marcha de la obra ("avance de démarrage"), cuyo máximo se fija en un 15 por 100 del precio inicial del contrato.

Nuestro Derecho se va aproximando a estas soluciones más progresivas. El Pliego de 1903 sólo admitía el abono de las tres cuartas partes del valor de los materiales acopiados si estaban a pié de --

obra (artículo 33); en cambio, el artículo 143 RCE admite que la Administración pueda verificar abonos a cuenta por operaciones preparatorias -- realizadas por el contratista, como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, en las condiciones -- señaladas en los pliegos de cláusulas, debiendo aquélla adoptar las medidas convenientes para que queden previamente garantizados los referidos pagos mediante la prestación de aval, conforme al artículo 370 de este -- Reglamento, por el importe de aquéllos.

Hacemos notar que este artículo prevé la financiación por la -- Administración de las operaciones preparatorias realizadas por el contra- tista, siendo "ad exemplum" la referencia que hace a los materiales, -- equipos de maquinaria pesada e instalaciones. Por consiguiente los plie- gos particulares de cada obra pueden perfectamente prever abonos a cuen- ta de otras actividades preparatorias ponderando la naturaleza de la -- obra, el elevado coste de su puesta en marcha ("demarrage"), etc. Pensa- mos que los contratistas no se han apercebido de esta posibilidad de ges- tionar cerca de la Administración la ampliación de este tipo de financia- ción a la que no alude el PCAG, que exclusivamente se refiere a los mate- riales, equipos e instalaciones, como veremos al estudiar el pago del -- precio (Capítulo XI).

Con todo, al quedar esta previsión dependiente de la discre- -- cionalidad de la Administración ("podrá" dice el artículo 143 RCE) se -- está todavía muy lejos de soluciones eficaces como la que contiene el -- artículo 154 del "Code de Marchés Publics".

N O T A S

(1) Técnicamente el replanteo es una operación inversa al levantamiento topográfico; mientras que con éste último se toman medidas y observaciones "in situ" para la formación de una planimetría, con el replanteo se procede a señalar en el terreno determinados puntos que se toman de los planos.

(2) Sobre esta necesidad del previo replanteo, nuestro Derecho es más estricto que el Derecho francés, al que casi siempre se acude para mejorar nuestras normas. El artículo 27 del "Cahier des clauses administratives générales" (CCAG) regula el equivalente de nuestro replanteo ("plan d'implantation des ouvrages et piquetages"), admitiendo que el mismo ("piquetage général") no se haya realizado antes de la adjudicación del contrato, en cuyo caso lo realiza el contratista a sus expensas y de forma contradictoria con el Director de la obra. Esta posibilidad no se admite hoy en la LCE y RCE, como puede verse en el texto.

(3) En el Dictamen del Consejo de Estado citado, de 22 de mayo de 1975 (Exp. núm. 39.578), se señala la diferencia entre el replanteo y su comprobación en estos términos: "El acta lleva el título de "Acta de replanteo de la obra saneamiento de V.". Prescindiendo de las graves incorrecciones de redacción que contiene esta acta plantea diversos problemas, que es preciso examinar.

En primer lugar, se califica de "acta de replanteo", y aún se invoca en ella el artículo 127 del Reglamento de Contratación del Estado. Este artículo regula no el replanteo, sino la comprobación del replanteo, cosa a todas luces distinta. El replanteo es objeto del artículo 84, según el cual, "autorizada la iniciación del expediente de contratación, se procederá por el Servicio correspondiente a efectuar el replanteo previo de la obra, en el que se comprobará la realidad geométrica de la misma, la disponibilidad de los terrenos precisos para su ejecución y la de cuantos supuestos figuren en el proyecto aprobado y sean básicos para el contrato a concertar. Del resultado de este replanteo previo se dará cuenta seguidamente a la Autoridad a quien compete autorizar la celebración del contrato a los efectos de la solución que proceda".

Configura este artículo el acto del replanteo como previo a la contratación, hasta tal punto que constituye el primero de los trámites del expediente de contratación, inmediatamente después de autorizada la incoación de dicho expediente. Ello es lógico: es esencial precisar, con todo rigor, el objeto de la obra y su posibilidad: "realidad geométrica", "disponibilidad de los terrenos" y "supuestos básicos" del contrato. Es un acto interno de la propia Administración, por el que se realiza un examen de la posibilidad del objeto de contratación y la viabilidad de su ejecución a la vista del proyecto y en contraste con la realidad física. Realizada esta comprobación, se elevará a la Autoridad compe

"a efectos de la solución que proceda", expresión amplísima, que contempla las múltiples posibilidades de problemas y de soluciones.

Frente a ello, el acto regulado por el artículo 127 no es el replanteo, sino "la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación", comprobación que se hace después de esa licitación, es decir, cuando ya hay un contratista, "en presencia" de él y por "el Servicio de la Administración encargado de las -- obras". Entendido en su propio sentido, quiere decirse que se trata de un acto de la Administración competente, aunque el contratista intervenga y pueda formular "reservas", con los efectos -- que se les asignan. O sea, que, una vez celebrado el contrato, -- se procede, "en presencia" del contratista, con toda lógica, a -- comprobar el replanteo hecho, antes de la contratación, por la Administración por sí sola. Se advierte el plausible cuidado que el Reglamento de Contratación pone en que no quede resquicio alguno para la indeterminación de la posibilidad, de la viabilidad de la obra misma sobre el terreno, es decir, de lo que es objeto del -- contrato."

(4) La Jurisprudencia también ha destacado el valor inicial de la comprobación del replanteo, considerándola como "el acto con el que comienza la ejecución del contrato". (STS 2 octubre 1979).

(5) Se utiliza aquí el concepto de "carga" tal como se admite en la teoría general del Derecho. J. GUASP lo explica dentro de lo que llama "teoría de los momentos del poder". Después de analizar los conceptos de facultad y acción, explica el concepto de carga de esta forma: "Y cabe imaginar todavía que esa libertad, que tan fecundo papel desempeña en la revelación de los distintos momentos del poder, haya llevado a quien tiene éste a una actitud precisamente antagónica de aquella que acaba de ser examinada, o sea, una actitud de no empleo ni utilización de las disponibilidades de elección que el poder, según su especie, contiene. Evidentemente esto dará lugar a un instante jurídico que no cabrá -- confundir con el de facultad ni con el de acción ... Si el sujeto de un poder, una vez que ha pasado el momento de la simple incertidumbre en que la facultad estriba, lejos de fijar positivamente el término de su influencia y de poner en marcha la acción correspondiente, permanece en una actitud de inhibición y expresa o tácitamente abandona la posibilidad de elección que le es atribuída, se coloca en un plano negativo cuya significación no puede ser, notoriamente, la misma en que se hallaba con anterioridad ... La superioridad jurídica que atribuye el poder a un sujeto sobre otro viene, así, a desvanecerse definitivamente y en lugar de ventaja social que el poder trata normalmente de asegurar, surge un resultado desfavorable, un inconveniente o riesgo, en cuanto que el tenedor del poder desciende del puesto superior en que se encontraba, a otro inferior en que la influencia social no marca ningún efecto real y determinado. Esto es lo que da a -- conocer la noción de la carga, que no es otra cosa que la contemplación del poder desde el punto de vista de los inconvenientes

que arrastra, como la acción es la contemplación del poder desde el punto de vista de las prevalencias reales que determina". -- ("Derecho", Madrid 1971, pp. 99-100).

(6) Un ejemplo de cómo valora la jurisprudencia la falta de reservas por el contratista, nos lo ofrece la STS de 11 de junio de 1971, cuyo considerando dicte textualmente: "... Establecido en el Reglamento de Contratación con el Estado que las obras se ejecutaron con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y el proyecto que sirve de base al mismo, y conforme a las instrucciones que en interpretación de éste diese el facultativo al contratista, que serán de obligado cumplimiento para aquél siempre que no sean por escrito al aceptar la obra y suscribir el acta de confrontación (sic) del replanteo, sin reserva alguna por su parte, conocía el estado de la carretera, y siendo notorio que para efectuar la aplicación del riesgo de imprimación en emulsión TE-1 previamente tenía que efectuarse relleno de los baches, la realización de este "bacheo" previo está explícitamente comprendido en las dos primeras operaciones a realizar, contenido en el Pliego de Condiciones Facultativas y referentes al "barrido y limpieza del firme" y "riego de imprimación" por no ser racional ni jurídico admitir que en el arreglo de la superficie de una carretera no se hagan desaparecer los baches que tenía y se permita hacer un riesgo de imprimación sin rellenar los baches que tenía, por lo que no puede admitirse que esto constituya una modificación del contrato ...".

(7) Cfr. STS de 21 de junio de 1976, 9 y 10 de diciembre de 1976.

(8) "La comprobación del art. 127 se halla encaminada a asegurarse de que el contratista no tiene reserva respecto de la ejecución de la obra a realizar, circunstancia ésta a la que el párrafo 2º del artículo mencionado condiciona la orden o autorización de su iniciación, concretando el parr. 3º del mismo artículo que, en caso de que el contratista haga reservas quedará suspendida la iniciación de las obras hasta que por la autoridad u organismo contratante se adopte la resolución pertinente; es decir se trata de comprobar que lo manifestado por la Administración es cierto y posible, y aunque lo más conveniente es operar sobre los mismos datos reales por haber quedado ellos marcados sobre el terreno, nada dice sobre ello el ordenamiento legal y reglamentario que, obviamente, se está refiriendo a su comprobación topográfica, con lo cual la subsistencia o desaparición de los hitos, circunstancia esta que se ha dado en el caso de autos, carece de transcendencia, máxime teniendo en cuenta que cualquier error que hubiese podido existir en el replanteo informativo de la Administración, habrá de ser necesariamente corregido en el de comprobación dando lugar a reserva, si ello fuera pertinente". (STS 27 noviembre 1979).

(9) El Decreto de 20 de junio de 1974 establece unas determinadas medidas y precauciones que deben adoptarse en relación con el proyecto y construcción de obras subterráneas en suelo urbano.

El artículo 3 del Decreto dice que: "En el momento del replanteo de la nueva obra, los distintos Servicios y Organismos del Ministerio de Obras Públicas recabarán conformación o rectificación de los datos aportados para el proyecto, así como el nombramiento de un representante del Ayuntamiento o Empresa, con el que se relacionarán directamente para todas las incidencias de la construcción.

El nombramiento de representante del Ayuntamiento recaerá en un técnico municipal, y el de la Empresa concesionaria, en su caso, actuará bajo la dirección de aquél, si la concesión fuese de servicio público municipal."

(10) Después de la reforma de 1973, no puede considerarse aceptable la doctrina del Consejo de Estado que había admitido en algún caso que era válida la orden de comienzo pese a no estar los terrenos totalmente disponibles. Así, el Dictamen de 4 de octubre de 1973 (Exp. núm. 38.566) decía lo siguiente: "En su dictamen de fecha 14 de octubre de 1971 (expediente número 37.676), expresaba el Consejo de Estado, y ha reiterado con posterioridad que no es preciso, en términos generales, que los terrenos que hayan de ocupar unas obras estén totalmente disponibles para que pueda ordenarse válidamente la iniciación de las obras, ya que ello depende en gran medida de la naturaleza de las obras a ejecutar y del programa de trabajos establecido, bastando a tal fin con que sea posible el comienzo de las mismas y su desarrollo a la debida escala, dentro del plazo fijado y con arreglo a un programa razonable de trabajos e inversión.

Es claro que esta posibilidad no obsta a que, si el ritmo de liberación de los terrenos necesarios entorpece realmente la ejecución de las obras con perjuicio para el contratista, deba la Administración asumir la responsabilidad patrimonial dimanante con arreglo a la Ley, sin perjuicio de la validez de la orden de comienzo de las obras, a cuyo particular se refería aquel dictamen, orden que ha de ponderar y prever, como es lógico, las ventajas e inconvenientes de todo orden de iniciarlas frente a la alternativa de suspenderlas."

(11) CLAVERO AREVALO, M.F., señala que la expresión del artículo 178 es muy amplia pues somete a licencia no ya una serie enumerada de actividades, sino a las que se engloban en dos conceptos genéricos como son la edificación y el uso del suelo. A diferencia de los particulares, el Estado realiza una serie de actividades de gran transcendencia urbanística como la construcción o desvío de un ferrocarril, accesos y desviaciones de carreteras, puentes, aeropuertos, dársenas, encauzamiento de ríos, etc., que constituyen la realización de la competencia específica de muchos departamentos ministeriales a que se refiere el artículo 57 de la Ley del Suelo cuyo encuadramiento en la enumeración del artículo 178 es dudoso, siéndolo también en la genérica expresión del uso del suelo que ahora emplea dicho precepto". ("El nuevo régimen de las licencias de urbanismo", Editorial Civitas, 1976, p. 29).

(12) GONZALEZ PEREZ, J. comentando el artículo 178 LS dice: - "Deberán solicitar la licencia para realizar los actos del artículo 178 los particulares y las entidades públicas. La Ley 19/75 modificando el régimen anterior, ha sometido al mismo régimen jurídico a las entidades públicas". Pero en el comentario al artículo 180 LS señala que: "Las normas, cualquiera que sea el régimen político, tienen muy distinto valor y eficacia, según se refirieran a los particulares o algunos de los entes investidos en mayor o menor medida de las prerrogativas del Poder. La LS, consciente de esta desigualdad, en la redacción primitiva del artículo 167 sometía a un régimen distinto los actos sujetos a licencia cuando los realizaba el Estado. La reforma de 1975 trata de someter al Estado y demás entidades públicas al mismo régimen -- que los particulares. Cuando realicen los actos enumerados en el artículo 178 deberán solicitar también la correspondiente licencia, pero consciente de las dificultades de aplicación de esta -- regla general, establece una serie de excepciones, así como un -- régimen especial de reacción frente a la actuación ilegal de -- aquellas entidades, distinta al general de los artículos 184 y -- 185". ("Comentarios a la Ley del Suelo" Madrid, 1976, Pp. 918, - 946 y 947).

(13) El Consejo de Estado ha superado el formalismo del acta, declarando que la comprobación del replanteo se entiende realizada a efectos de establecer su fecha como momento inicial de suspensión de las obras. El Dictamen de 29 de abril de 1977 (núm. - 37133) razona así: "... Ahora bien, siendo así que en los antecedentes hay constancia fehaciente de que el 12 de febrero de 1969, al personarse en el terreno el Arquitecto, en unión del Aparejador y la representación de la contrata, se comprobó, por las circunstancias que han quedado expuestas, la imposibilidad de encajar el replanteo del proyectado cuartel en ninguna de las posiciones que se intentaron, parece evidente que la suspensión temporal ex lege, prevista en el citado artículo 127 del Reglamento, ha operado, y en consecuencia se impone el reconocimiento de los derechos que el artículo 53 de la Ley de Contratos del Estado -- hace en orden al beneficio industrial, así como la devolución de la fianza, puesto que el artículo 127, apartado tercero, configura el supuesto a que nos venimos refiriendo como causa de extinción del contrato de obras".

(14) "Es reiteradísima la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras muchas, en las SS del TS 11 de diciembre 1969, 21 -- abril 1970 y 23 junio 1971, de que en esta Jurisdicción es aplicable el principio de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, cuanto estos reúnan l's requisitos y -- presupuestos previstos para ello, como son los que por su carácter transcendental o por constituir convención causan estado, de -- finiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, los -- que válidos en derecho tienen eficacia en sí mismos para producir efecto jurídico, pues si este principio vincula a la Administración en justa reciprocidad también constriñen al administrado" (STS 5 junio 1978). En la doctrina científica sigue siendo -- indispensable para el estudio de la doctrina de los actos propios

la obra de L. DIEZ-PICAZO, "La doctrina de los propios actos. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo". Ed. Bosch Barcelona 1962.

(15) GARCIA ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. han puesto de manifiesto que "la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados (que, no obstante su nombre, un tanto general, son conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes) es común a todas las esferas del Derecho ... Cuando esa técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es utilizada por las normas de Derecho Administrativo surge el problema de que se produce una aplicación inicial de los mismos por la Administración. Importa mucho no confundir el hecho de esa aplicación unilateral previa, que la Administración realiza en virtud de su privilegio posicional de la decisión previa, con el uso de una potestad discrecional. Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación sólo permite una solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas desde la perspectiva del Derecho". ("Curso de Derecho Administrativo", Madrid 1980, pp. 385 y 386).

(16) PERA VERDAGUER, F. "La expropiación forzosa", Barcelona -- 1963, p. 423.

(17) PERA VERDAGUER, F. (Ob. cit. p. 422) dice que "estas ocupaciones temporales en no pocos supuestos pueden equipararse a la constitución forzosa de servidumbres, bien que limitadas en cuanto a su duración".

(18) El artículo 154 del "Code des marchés publics" establece - que este "avance forfaitaire" debe concederse al contratista si - se trata de un contrato de adjudicación restringida, de una invitación de ofertas o de un contrato negociado si el precio inicial supera los 200.000 francos. Como ponen de relieve M. VILLARD y BACHELOT y J.M. ROMERO ("Droit et pratique des marchés publics de travaux". Ed. Moniteur, París 1981, p. 257), los términos imperativos del citado artículo 154 permiten suponer que se está en presencia de una de las raras disposiciones del Code que son de orden público.

CAPITULO SEGUNDO =====

LA INTERVENCION DE LA ADMINISTRACION EN LA EJECUCION DE LA OBRA

I.- INTRODUCCION.-

La Administración interviene en la ejecución de la obra, realizando un control o dirección sobre ella. No se queda, pues, al margen de la actividad del contratista sino que está presente durante la ejecución de los trabajos, interviniendo y controlando con el fin de que se alcance el resultado final prometido por el contratista.

Precisamente esta intervención de la Administración constituye una de las características típicas del c.o.p. que la doctrina ha sabido destacar. Dice GARRIDO FALLA (1) que "por lo que se refiere a las obras públicas, una de las peculiaridades del sistema de ejecución mediante -- contrata reside justamente en los poderes de dirección y control que la Administración se reserva."

Sin embargo, la singularidad de esta intervención de la Administración no está tanto en el hecho de que ella se produzca (porque también en el contrata civil de obra el comitente se reserva un cierto control o intervención sobre la obra) como en la extensión de los poderes - de control y dirección de la obra y en el modo en que los mismos se ejercitan (2).

Vamos a estudiar en el presente capítulo el fundamento y los - límites de la intervención de la Administración, su organización y las - manifestaciones típicas de su ejercicio, la responsabilidad que puede -- llevar consigo, para concluir con el examen de otra forma de presen- -

cia de la Administración en la ejecución de la obra, como es su necesaria colaboración con el contratista.

II.- FUNDAMENTO Y LIMITES DE LA INTERVENCION DE LA ADMINISTRACION.-

Los artículos 5 LCE y 15 RCE dicen que "la preparación y ejecución de los contratos de la Administración se desarrollan bajo la dirección y responsabilidad de la autoridad o del órgano que los celebre". Esto quiere decir que los poderes de control o dirección de la Administración en el curso de la obra, de los que ahora nos ocupamos, son una concreta manifestación dentro del c.o.p. de poder de dirección general que aquélla tiene atribuído por ley en los contratos que celebre.

El fundamento de la intervención de la Administración es doble. Materialmente, la Administración vigila, dirige o controla la obra por ser dueña de ella, por lo que desde esta consideración no hay diferencia con lo que sucede normalmente en la realización de una obra privada (3). Formalmente la intervención de la Administración tiene su fundamento en el interés público que la obra ha de satisfacer, lo cual explica que los poderes de dirección tengan una extensión excepcional y que sean irrenunciables (4). La Jurisprudencia ha advertido este fundamento último de la intervención administrativa en el c.o.p. destacando al mismo tiempo el deber de colaboración del contratista como complemento lógico impuesto por el interés público. La sentencia de 2 de julio de 1979 dice lo siguiente:

"Que partiendo de las prerrogativas legales establecidas en favor de la Administración en la ejecución de los contratos de obras públicas, singularmente los poderes de dirección, inspección y control que la ley le concede por virtud de los cuales el facultativo de la Administración puede dar instrucciones u ordenar al contratista en orden a la ejecución del con-

trato, que serán de obligado cumplimiento para éste, ya que - el contrato no implica que la Administración renuncie a la tutela de los intereses generales que demanda la obra adjudicada, sino que sólo impone una colaboración en su cumplimiento pero sin desentenderse la Administración de la marcha de la obra y cuidando, ante todo, del fin último del contrato".

Esta intervención de la Administración, por estar fundada en el interés público, sitúa al contratista en una posición de subordinación. Sin embargo, ello no convierte al contratista en un "nudus minister" de la Administración pues si fuera así no estaríamos en presencia de un contrato de obra sino de puro trabajo.

Ahora bien, la intervención de la Administración está sujeta a ciertos límites que conviene precisar. En primer término, la intervención de la Administración debe respetar el ámbito de libertad del contratista indispensable para que él pueda organizar su propio trabajo con miras a obtener el resultado prometido. Por ello, como dice CIANFLONE - - (5) "una ingerencia en este campo sólo puede tener una función negativa, en el sentido de que la Administración puede oponerse al empleo de medios de obra, de personal, de materiales no adecuados o perjudiciales a la buena ejecución de la obra, o en el sentido de requerir los medios insuficientemente aportados". Es decir, lo que le está vedado a la Administración es intervenir imponiendo concretamente los medios o materiales a emplear o el orden de los trabajos. Sobre esto, ambas partes deben atenerse a lo que disponga el pliego de prescripciones técnicas, pues de lo contrario, el cumplimiento del contrato quedaría al arbitrio de una de las partes, en contra de lo que dispone el artículo 1256 CC.

En segundo término, los poderes de dirección se encuentran limitados por la imposibilidad de que mediante ellos se modifique el con

trato. La Dirección de la obra tiene lo que podríamos llamar iniciativa del "ius variandi" en cuanto a la modificación del proyecto, mas el PCAG es contundente al afirmar que "ni el contratista ni el Director podrán - introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones del presupuesto correspondiente" (Cláusula 62 PCAG). Por ello, el contratista no sólo puede -- sino que debe negarse a ejecutar una modificación no aprobada reglamentariamente y que sea consecuencia de nuevas órdenes de la Dirección, pues nadie le puede obligar a soportar las consecuencias que para él se derivarían: pérdida del derecho al abono de la obra modificada, obligación - de demolerla e indemnización a la Administración por los daños y perjuicios que se le puedan ocasionar (art. 155 RCE, párrafo 2º).

Por último, la intervención de la Administración está limitada por el hecho de que el contratista no es un mero ejecutor de sus órdenes o instrucciones, él es un profesional, perito en la actividad que desarrolla quien, por tanto, puede discrepar de los criterios de la Dirección - de la obra sobre la interpretación del proyecto y la forma de hacerlo -- realidad. La discrepancia puede llegar a términos de oposición plena a - una orden o instrucción de la Administración si, a su juicio, contraviene el proyecto o no se ajusta a las reglas del buen arte de construir. - Más adelante veremos que existe un procedimiento instituido con el fin - de resolver con cierta rapidez las discrepancias que puedan surgir entre la Dirección de la obra y el contratista.

III.- ORGANIZACION DE LA DIRECCION DE LA OBRA.-

La intervención de la Administración en la ejecución del contrato, y más concretamente en la ejecución de la obra, exige de unos órganos especializados que asumen su dirección y control. Como es lógico,

el sistema de organización que se adopte responderá a la idea que se tenga de la función que la Administración debe desempeñar durante la realización de la obra, lo cual, por otra parte, vendrá condicionado por las posibilidades económicas y por la complejidad que las obras públicas -- han ido adquiriendo a medida que los avances de la técnica permiten aje-cutarlas con más perfección, en mayor volumen y en menos tiempo.

El Derecho francés ofrece un ejemplo de adaptación de la or--ganización de la dirección de las obras a la complejidad técnica y fi--nanciera de éstas. El esquema tradicional dueño de la obra (maître d'ouvre) se ha hecho más complejo con nuevas figuras y nociones que se han creado por disposiciones recientes y por la jurisprudencia. La directive de 8 de octubre de 1973, en el nivel de dueño de la obra introduce -- dos nociones nuevas: el director de la inversión ("directeur d'investissement") y director de la operación ("directeur d'operation"). El primero, puede ser el propio ministro responsable o un funcionario en el que delega el ministro, cuando el dueño de la obra es el Estado. Su papel -- es activo en el momento de la definición de las obras y él es responsa--ble de la financiación y de la aprobación del programa de la inversión. El segundo es un servicio técnico de carácter público designado con la aprobación del "directeur d'investissement" en el momento de la defini--ción de la obra, porque su papel es especialmente activo en la etapa de realización de la obra. De manera general el "conducteur d'operation", en el plano de las relaciones contractuales es el único interlocutor -- "público" de los arquitectos, ingenieros y contratistas. Su conocimien--to de los costes, es decir, de los precios de coste y de los precios -- corrientes, es fundamental (6).

La jurisprudencia francesa también ha introducido la noción de dueño de la obra delegado (*maître d'ouvrage délégué*), que no aparece ni en el CMP ni en el CCAG. Se utiliza este nombre para cualificar la intervención de una entidad o establecimiento que no es el destinatario final de la obra, sino que actuando por cuenta del destinatario, asume el papel de dueño de la obra hasta su recepción, momento en que la entrega a su destinatario (7).

Para terminar con esta referencia sumario al Derecho francés, indicaremos que el director o jefe de obra (*maître d'oeuvre*) puede ser -- tanto una persona física como jurídica . En este último caso debe designar una persona física que la represente, particularmente para firmar las órdenes de servicio (8).

En cambio, la organización que ofrece nuestro Derecho positivo es poco avanzada y es, además, rígida porque se mantiene inalterable -- cualquiera que sea la naturaleza o especialidad de la obra. La cláusula 3 PCAG denomina "Administración" o "Administración contratante" al Departamento ministerial a quien, por razón de la materia y las consignaciones presupuestarias corresponda la ejecución de las obras; competencia que -- ya viene atribuida por los artículos 7 LCE y 19 RCE. Por ello el titular del Departamento ministerial resuelve definitivamente en vía administrativa cualesquiera cuestiones derivadas del contrato, a menos que tal competencia esté atribuida al Consejo de Ministros o haya sido objeto de desconcentración o delegación. Por debajo de este órgano, intervienen otros, especialmente instituidos para hacer posible la intervención de la Administración en la ejecución de la obra, como son el Servicio y la Direc--ción de obra. La citada cláusula 3 PCAG dice que "dicha autoridad (el Ministro) podrá ejercer la potestad administrativa que le incumbe a través del 'Servicio al que está adscrita la obra', que se debe mencionar en el

pliego de cláusulas administrativas particulares con el nombre que le -- corresponda en la organización del Departamento; y también por medio -- del 'Facultativo Director de la obra' que la cláusula 4 PCAG define como "la persona con titulación adecuada y suficiente, directamente responsable de la comprobación y vigilancia de la correcta realización de la -- obra contratada".

Este facultativo o Director es el titular del órgano que se de nomina Dirección de obra, y en el cual se integran sus colaboradores que están a sus órdenes, y bajo esta dependencia jerárquica desarrollan su la bor en función de las atribuciones derivadas de sus títulos profesiona-- les o de sus conocimientos específicos (cláusula 4 PCAG, párrafo segundo).

La designación del Director es comunicada por la Administra-- ción al contratista antes de la fecha de la comprobación del replanteo, y dicho Director procede en igual forma respecto de su personal colabora-- dor. Las sustituciones de uno u otro que acaezcan durante la ejecución -- de la obra deben ser puestas en conocimiento del contratista por escrito (cláusula 4 PCAG párrafo tercero).

Las normas de la contratación local también prevén la interven ción de la Administración durante la ejecución del contrato. La Adminis-- tración -dice el artículo 60 RCCL- intervendrá en el cumplimiento de los contratos, fiscalizando los bienes, obras y servicios, para lo cual po-- drá asignar delegados o inspectores con amplias facultades de vigilancia, acceso a locales y exámen de documentos, en relación con lo que sea obje-- to del contrato. Aunque se destaca en este precepto el aspecto fiscaliza-- dor de la intervención de la Administración durante la ejecución del con-- trato, no está ausente en la contratación local una intervención de sig-- no más amplio, por cuanto que los llamados delegados del ente local ten--

drán que asumir funciones que comprendan los aspectos técnicos, económicos y administrativos que ofrece la realización de la obra.

IV.- FUNCIONARIOS COMPETENTES PARA DIRIGIR LAS OBRAS DE LA ADMINISTRACION.

Con carácter general la dirección de la obra se encomienda a - funcionarios técnicos que gozan de titulación adecuada y suficiente para comprobar la correcta ejecución de la obra, como dice la cláusula 4 PCAG. Tienen esa titulación adecuada y suficiente los funcionarios pertenecientes a los cuerpos de Ingenieros al servicio de la Administración del Estado y de la Administración Local. Particularmente en el ámbito de las - obras públicas, la competencia profesional para dirigirlas está atribuída al Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, ya sean obras del Estado, de la Provincia o del Municipio (art. 30 LGOP). Este Cuerpo de Ingenieros fue creado por Real Orden de 12 de julio de 1.779 y su Escuela especial se fundó por Real Orden de 26 de julio de 1.803, con la - finalidad exclusiva de formar los Ingenieros del Estado encargados del estudio, proyecto, construcción y conservación de las obras públicas. La - Ley de Enseñanzas Técnicas de 20 de julio de 1957 transformó la Escuela Especial de estos Ingenieros en una más entre las Escuelas Técnicas dependientes del entonces Ministerio de Educación Nacional. El artículo 4 de esta Ley dispone que "el Título de Arquitecto o Ingeniero representa la plenitud de titulación en el orden profesional para el ejercicio de la técnica correspondiente, tanto en la esfera privada como en el servicio del Estado, de acuerdo con los derechos, atribuciones y prerrogativas que las disposiciones legales establezcan en cada caso, sin que la - especialidad cursada prejuzgue respecto a la capacidad legal para el - - ejercicio profesional en las restantes especialidades de la Escuela - -- correspondiente. Por consiguiente, el título académico habilita para el ejercicio de la profesión de Ingeniero o Arquitecto, pero será necesario

superar, además, las correspondientes pruebas de aptitud (oposición o -- concurso) para ingresar en los correspondientes Cuerpos de funcionarios.

El actual Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos -- al servicio de la Administración del Estado, se regula en el aspecto orgánico por el Reglamento de 23 de noviembre de 1956.

Por lo que respecta a los Arquitectos, la LGOP, exceptuaba de la competencia atribuída a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos las llamadas construcciones civiles cuyo estudio, dirección y vigilancia se encomendaba a Arquitectos con titulación, nombrados libremente por el Ministro a que las obras correspondiese (artículo 30, párrafo último).

En su origen, el título del Arquitecto se concedía por la Academia de Nobles Artes de San Fernando, fundada por Real Cédula de 30 de mayo de 1.757, reinando Fernando VII. Actualmente, según hemos visto, el título académico de Arquitecto habilita para el ejercicio de la profesión una vez incorporado al correspondiente Colegio Oficial. En consecuencia, puede actuar el Arquitecto como un profesional independiente, al servicio de una empresa o de otro Arquitecto (Ordenanza de la construcción de 28 de agosto de 1970) o como funcionario público al servicio de una Administración Pública, situación esta última que prevé el artículo 4 de los Estatutos de 13 de julio de 1931.

V.- FUNCIONES TÍPICAS DE LA DIRECCION DE OBRA.-

Dos son las funciones típicas que corresponden a la Dirección de obra y que hay que examinar por separado: la interpretación del proyecto y el control de la ejecución de la obra.

1. Interpretación del proyecto.- El proyecto como concepción - de una obra que ha de hacerse realidad, necesita ser interpretado por -- quien posee los conocimientos técnicos adecuados. En este sentido, es -- lógico que no existan normas jurídicas que establezcan cómo han de ser - entendidas o comprendidas las prescripciones técnicas que todo proyecto contiene, ni cómo deben de ser resueltas las cuestiones técnicas que la realización de cualquier obra suscita.

Sin embargo, en tanto que el proyecto es punto de referencia - de una relación contractual, sí se pueden destacar algunos aspectos jurí-
dicos sobre su interpretación. Así, en primer término, hay que hacer no-
tar que en el c.o.p. existe un "intérprete oficial" del proyecto; este -
intérprete es la Dirección de la obra, pues como dicen los artículos 44
LCE y 130 RCE, "las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las cláu-
sulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base al mis-
mo y conforme a las instrucciones que en interpretación de éste ~~diere~~ al
contratista el facultativo de la Administración, que serán de obligado -
cumplimiento para aquél, siempre que lo sean por escrito". Por tanto, --
aunque el contratista también tiene que interpretar el proyecto, siempre
estará subordinado a la interpretación que haga la Dirección de la obra,
cuyas decisiones se imponen ejecutivamente (artículos 18 LCE y 51 RCE).
También en la esfera local se enuncia esta facultad de interpretación --
para resolver las dudas que ofrezca el cumplimiento del contrato (artícu-
lo 99 RCCL), y los acuerdos que se dicten son inmediatamente ejecutivos,
sin perjuicio del derecho de los contratistas a obtener en vía jurisdic-
cional la declaración que proceda sobre la inteligencia de lo pactado, si
no se conforman con lo resuelto por la Corporación (art. 100 RCCL).

De otra parte, la interpretación del proyecto que corresponde
"oficialmente" a la Dirección de obra, tiene relevancia jurídica en la -

medida en que afecta a la obligación del contratista. La experiencia demuestra que por muy bien definido que esté el Proyecto hay que concretar lo definitivamente en el momento de la realización de la obra. La tarea interpretativa del proyecto ofrece, entonces, un aspecto de integración o perfeccionamiento que indudablemente incide sobre el trabajo del contratista y su resultado. Un claro ejemplo de todo esto lo encontramos en el artículo 53 RCCL, que declara obligatorias para el contratista las variaciones de detalle del proyecto; y la jurisprudencia distingue también entre reformas que son accidentales de las que varían en lo fundamental las bases del proyecto (STS 13 noviembre 1978).

2. Control de la ejecución de la obra. Como ya se ha indicado la presencia de la Administración durante la ejecución de la obra no es pasiva pues ella interviene directa y activamente para asegurarse de que el contratista obtendrá el resultado prometido. De todos modos hay que insistir en la idea de que la intervención o control de la Administración no anula la iniciativa y consiguiente responsabilidad del contratista, aunque ese control implica, necesariamente, que ella también asume determinadas responsabilidades, como podremos comprobar más adelante. -- Por ello, en la práctica, se tiene que dar un cierto equilibrio entre el control que compete a la Administración y el margen de libertad e iniciativa que corresponde al contratista para que se le considere como tal y no como simple "nudus minister".

El poder o facultad de control se reconocen especialmente en la cláusula 21 PCAG. Según esta cláusula "incumbe ejercer de una manera continuada y directa la inspección de la obra durante su ejecución, a través de la Dirección, sin perjuicio de que pueda confiar tales funciones, de un modo complementario, a cualquier otro de sus órganos y representantes".

Este control de la Administración se ejerce sobre las personas que el contratista emplea para la ejecución de la obra; sobre los equipos, utensilios y otros medios que en los trabajos se emplean; sobre los materiales que se incorporan a la obra; sobre el ritmo de ejecución, - - etc. El control tiene también una finalidad de carácter preventivo buscando eliminar factores de riesgo (humanos o materiales) que puedan perturbar o dañar la obra.

Conviene que nos detengamos en los aspectos más importantes de esta típica función de la Administración, que a continuación se indican sumariamente:

A) El control sobre el personal del contratista tiene este matiz preventivo predominante que se acaba de indicar. Efectivamente, cuando la cláusula 5 PCAG faculta a la Administración para que pueda recabar del contratista la designación de un nuevo Delegado, y en su caso, de -- cualquier facultativo que de él dependa, el objetivo que se persigue no es imponer una determinada organización del personal técnico del contratista a gusto de la Administración, sino adoptar una medida que ha de estar exclusivamente fundada en "la marcha de los trabajos", como dice la citada cláusula. Lo mismo cabe decir de la norma contenida en la cláusula 10 PCAG sobre el personal del contratista que incurre en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha de las obras o el cumplimiento del programa de trabajo, en cuyo caso "la Administración puede exigir al contratista que adopte medidas concretas y eficaces para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado".

B) Respecto de los equipos de maquinaria y otros medios auxi--
liares, el control de la Dirección de la obra trata de garantizar su - -
afectación a los trabajos y que resulten idóneos. La afectación se con--

trola mediante un inventario del equipo en el que se anotan las altas y bajas y también con la prohibición de su retirada sin consentimiento del Director. La idoneidad se vigila mediante la facultad que tiene el Director para rechazar cualquier elemento que considere inadecuado para el -- trabajo de la obra y para exigir que se remplacen los que resulten ave-- riados o inutilizados, siempre que su reparación exija plazos que aquél estime que han de alterar el programa de trabajo (cláusula 28 PCAG).

C) El control sobre los materiales se ejerce mediante la fa-- cultad que tiene la dirección de admitir o recusar los materiales según cumplan o no las condiciones convenidas, y por medio de los ensayos que puede ordenar al contratista para asegurarse que cumplen las normas y es-- pecificaciones técnicas contenidas en el proyecto o que hayan sido pro-- mulgadas por la Administración con carácter general (cláusulas 38, 39 y 41 PCAG).

D) El control sobre el ritmo o buena marcha de los trabajos es algo que interesa particularmente a la Administración, en cuanto que es garantía de que la obra quedará terminada en plazo. Son muchas las nor-- mas que directa o indirectamente buscan ese propósito, pero entre ellas cabe destacar las que se refieren a la programación de la obra que ya -- han sido estudiadas en el capítulo anterior y sobre las que tendremos que insistir cuando estudiemos particularmente la incidencia del factor tiem-- po en la ejecución de la obra.

E) Finalmente, el control de la Dirección se extiende a la -- propia obra realizada y su emplazamiento. Además de los Reglamentos so-- bre seguridad e higiene en el trabajo que la Dirección debe vigilar que se cumplan por el contratista (cláusula 11 PCAG), aquélla también debe cuidar de que el contratista cumpla con su obligación de conservar la -

obra hasta que se reciba definitivamente (cláusula 22 PCAG), así como - de la seguridad inmediata o específica del emplazamiento de la obra. El contratista está obligado a instalar las señales precisas para indicar el acceso a la obra, la circulación en la zona que ocupan los trabajos y los puntos de posible peligro debido a la marcha de aquéllos, tanto - en dicha zona como en sus lindes o inmediaciones, tal como prescribe la cláusula 23 PCAG, que añade que el contratista cumplirá las órdenes que reciba por escrito de la Dirección acerca de instalación de señales complementarias o modificación de las que haya instalado.

VI.- LAS ORDENES DE LA DIRECCION DE LA OBRA.-

Las facultades que tiene atribuídas la Dirección de la obra, en cuanto manifestación de lo que se ha venido en llamar potestad cuasi doméstica de la Administración (9), se ejercen por medio de órdenes e instrucciones que aunque tienen un evidente contenido técnico, formal-- mente y por los efectos que despliega en la relación contractual, son - verdaderos actos jurídicos administrativos.

No existe una regulación completa de este tipo de actos en las normas que regulan el c.o.p. ni la doctrina les ha concedido una aten-- ción especial, a diferencia de lo que sucede en otros países (10). Tam-- poco se utiliza una terminología precisa, pues se usan indistintamente los términos orden, instrucción o autorización. En el Derecho francés - está acuñado el término "ordre de service", y análogamente el Derecho - italiano utiliza la expresión "ordine di servizio". En nuestro Derecho el término utilizado más ampliamente es el de orden, que podemos denominar orden directiva, puesto que emana, necesariamente, según hemos de - ver, de la Dirección de la obra.

1. Naturaleza jurídica.- La orden directiva es un acto administrativo, pues emana de un órgano especialmente instituido por la Administración en el ejercicio de las funciones que le han sido atribuidas. En sentido genérico, la orden responde a la definición de acto administrativo, que suele comúnmente aceptarse: "cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa" (11). Más problemática puede resultar encajar la orden directiva dentro de las distintas categorías de actos administrativos. Particularmente se discute su carácter negocial o simplemente declarativo.

Cuando se sostiene que la orden directiva se limita a declarar lo que previamente existe en el contrato, se destaca sólo un aspecto parcial de este tipo de actos (12), pues lo cierto es que la orden incide en una relación contractual afectando a la situación del contratista a quien se le impone una determinada conducta. Por ello en la orden directiva se ha de ver un acto negocial y dentro de esta categoría hay que adscribirla a aquellos actos que restringen la esfera de actuación del destinatario. Como dice GARRIDO FALLA, refiriéndose a estos actos negociales, "las órdenes son declaraciones de voluntad de la autoridad administrativa que crean una obligación jurídica en una determinada persona. Si la obligación es positiva, esto es, consiste en una determinada acción, en observar una determinada conducta o en realizar una presentación, la orden recibe el nombre de mandato. Si la obligación es negativa, de abstenerse de realizar algo, la orden se llama prohibición. La función que en estos casos cumple el acto administrativo es la de actualizar en relación con determinadas personas algo que potencialmente estaba ya en la ley. Pero la ley prohíbe u ordena en abstracto, siendo el acto administrativo el que determina la persona concreta del obligado" (13).

Podemos, pues, concluir que la orden directiva es un acto administrativo de carácter negocial y restrictivo, que contiene un mandato o una prohibición dirigido al contratista.

Sin embargo, con esto no queda totalmente explicada la naturaleza de este tipo de acto administrativo, pues tiene gran transcendencia práctica conocer el grado de firmeza de las órdenes directivas, esto es, si son o no actos susceptibles de recurso.

Para que un acto administrativo sea susceptible de recurso es necesario que sea definitivo, o que siendo de trámite determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión (artículo 113 LPA). Pues bien, a nuestro juicio, la orden directiva no goza de ese carácter definitivo; su eficacia es provisional (14).

En contra del carácter provisional de la orden directiva pudiera aducirse que siendo de obligado cumplimiento para el contratista (artículo 130 RCE) goza de firmeza. Sin embargo, la obligatoriedad inmediata de la orden no tiene que suponer, necesariamente, su carácter definitivo. Realmente son cosas distintas. La obligatoriedad se impone de modo inmediato al contratista como consecuencia de la fuerza ejecutiva que tiene todo acto administrativo (artículo 33 LRJAE), pero se trata de una obligatoriedad provisional, pues el contratista puede pedir que cese la misma y esto no por vía de recurso sino de reclamación. El PCAG reconoce - el derecho del contratista a reclamar (y no a recurrir) en las cláusulas 28, 41 y 44, concediéndonos en estos casos concretos un plazo de diez -- días. Si se hubieran establecido un régimen de recursos, nos habríamos encontrado con múltiples alzadas al escalar la vía jerárquica que va desde la Dirección de obra hasta el titular del Departamento, siendo así que - sólo cabe una alzada (artículo 122 LPA, desde la redacción dada por la -

Ley de 2 de diciembre de 1.963).

Por consiguiente, frente a las órdenes directivas sólo cabe deducir reclamaciones, las cuales se formulan como peticiones, cuyas resoluciones pueden ser recurridas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 121 LPA en alzada o reposición.

Este régimen de reclamaciones es el más acorde con los actos - que se producen en una relación contractual, esto es, entre partes, pues los recursos abren una vía estrictamente procedimental. Como venimos señalando la colisión entre las concepciones que se derivan de la institución de contrato y las que corresponden a la institución del procedimiento, surge con frecuencia en el c.o.p. y en este caso concreto se puede - apreciar una de las tantas concesiones que debe hacer la concepción procedimentalista en favor de la puramente contractual.

En la práctica se plantea el problema del plazo para reclamar fuera de los pocos casos en que se concede un plazo de diez días. Creemos que si no hay limitación de plazo, el derecho de reclamación del contratista no estará sujeto a caducidad y podrá ejercitarlo mientras que - siga vigente el contrato, sin perjuicio de que los actos propios de - -- aquél impliquen acatamiento de la orden. Pero entonces la firmeza de ésta no vendrá dada por el transcurso de un plazo sino por el consentimiento expreso o tácito que se otorgue.

2. Competencia.- La competencia de la Dirección de obra para dictar órdenes en el ejercicio de sus funciones es exclusiva. El artículo 130 RCE sólo concede al "facultativo de la Administración" la posibilidad de dar instrucciones al contratista y también el PCAG alude únicamente al Director o a la Dirección de obra cuando se refiere a su inter-

vención durante la ejecución (cláusulas 28, 33, 36, 41, 46, etc.). La competencia no sólo es exclusiva sino además irrenunciable por cuanto la potestad de dictar órdenes no es más que una manifestación concreta de la potestad de control o dirección que es asimismo irrenunciable por la Administración, de la que la Dirección de obra no es más que un órgano.

La falta de competencia determina un vicio en el acto administrativo. Según el artículo 47 LPA, son nulos de pleno de pleno derecho los actos de la Administración "dictados por órgano manifiestamente incompetente". La jurisprudencia ha sentado la doctrina de que sólo la incompetencia por razón de la materia o por razón del lugar determinan la nulidad de pleno derecho del acto. La incompetencia jerárquica sólo da lugar a la nulidad relativa o anulabilidad (artículo 48 LPA), por lo que el acto puede ser convalidado por el superior jerárquico (artículo 53 LPA).

Ahora bien, esta doctrina del requisito de la competencia en el acto administrativo se ve matizada en el c.o.p. cuando estamos en presencia de un orden directiva. Los requisitos del acto administrativo establecidos con la técnica propia de los actos procedimentales han de dejarse a un lado en su valoración para que entren en juego reglas o principios propios de las relaciones contractuales.

La jurisprudencia no ha tenido más remedio que pasar por alto el requisito de la competencia del órgano de quien el acto procede, cuando éste consiste en una orden que no sólo impone obligaciones sino que además crea derechos en el seno de una relación contractual. Se valora entonces la simple apariencia de competencia en quien da la orden que entraña una modificación del proyecto y se hace entrar en juego la doctrina del enriquecimiento injusto y el principio de la buena fe contractual. Se produce un enriquecimiento injusto si, pese a estar la

orden viciada por incompetencia, se beneficiase la Administración de la prestación realizada por el contratista como consecuencia de dicha orden. Y se atenta a la buena fé, si la Administración opone sus propios vicios para cumplir con una obligación contractual; se iría entonces contra el principio de que la alegación de la propia torpeza no es atendible ("allegans propriam turpitudinem non auditur") según se deduce de los artículos 1302 CC y 115, 2. LPA.

Esta doctrina jurisprudencial se encuentra en las sentencias - de 15 de marzo de 1978, 12 de febrero de 1979 y 21 de noviembre de 1981. En el cuarto considerando de esta última se dice lo siguiente:

"Pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa para modificar las prestaciones de un contrato tiene que ejercerse con sujeción a las normas de competencia y procedimiento y dentro de los límites objetivos en ellos explícitos, la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras, de -- las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto que hubiesen sido efectivamente ejecutadas como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos casos, que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los citados requisitos de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que el percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quienes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad, sin perjuicio de las responsabilidades de quien las hubiese emitido; doctrina jurisprudencial que se reitera en S. de 12 febrero 1979 (R908) y que resulta plenamente aplicable al supuesto aquí controvertido, en el que las modificaciones en -- las prestaciones del contrato celebrado tuvieron lugar como consecuencia de la orden dada al levantarse el acta de replanteo por el Arquitecto director de la obra, y por ende, emanada de quien al menos tenía facultades para que sus órdenes -- fueran acatadas por el contratista en la normal ejecución del contrato."

3. Forma de las órdenes.— Las órdenes de la Dirección de la -- obra han de darse por escrito. Esta forma no sólo facilita el conocimiento y la prueba de la orden, pues también depende de ella la obligatoriedad de la propia orden. Los artículos 44 LCE y 130 RCE disponen que las instrucciones que en interpretación del proyecto dé el facultativo de la Administración "serán de obligado cumplimiento para el contratista, siempre que lo sean por escrito".

Las órdenes escritas de la Dirección deben registrarse en un -- Libro de Ordenes que, según dispone la cláusula 8 PCAG, deberá ser diligenciado previamente por el servicio a que esté adscrito la obra y que -- se abrirá en la fecha de comprobación del replanteo y se cerrará en la -- de la recepción definitiva. Durante este tiempo estará a disposición de la Dirección que, cuando proceda, anotará en él las órdenes, instrucciones y comunicaciones que estime oportunas, autorizándolas con su firma. El contratista estará también obligado a transcribir en dicho libro, por sí o por medio de su delegado, cuantas órdenes o instrucciones reciba -- por escrito de la Dirección, y a firmar, a los efectos procedentes, el -- oportuno acuse de recibo, sin perjuicio de la necesidad de una posterior autorización de tales transcripciones por la Dirección, con su firma, en el libro indicado. Efectuada la recepción definitiva, el "Libro de Ordenes" pasará a poder de la Administración, si bien podrá ser consultado en todo momento por el contratista.

4. Contenido de las órdenes.— Siendo la orden el vehículo formal de expresión de la voluntad de la Dirección de obra, su contenido -- viene determinado por las funciones que ésta tiene asignadas. Sin ánimo de establecer una sistematización del posible contenido de la orden, podemos ofrecer ejemplos relativos a la iniciación, realización y terminación de la obra.

La iniciación de la obra requiere de una orden directiva que expresa una autorización (artículo 127, D. RCE). En la fase de realización, la interpretación y concreción del proyecto puede dar lugar a órdenes de estricto contenido técnico (artículos 44 LCE y 130 RCE); el -- control sobre los medios y equipos del contratista también se expresará frecuentemente en órdenes directivas con fuerza expresa de mandato (cláusulas 28, 34, 36, 38 PCAG, por ejemplo); el derecho del contratista a cobrar el precio se subordina a que haya realizado la obra con sujeción al proyecto, a sus modificaciones y a "las órdenes dadas por escrito -- por la Administración". Finalmente, en el momento de la terminación de la obra, su medición general se efectúa teniendo en cuenta, entre otros datos, las órdenes insertas en el Libro de Ordenes (cláusula 74 PCAG) y el contratista debe efectuar, durante el período de garantía, las operaciones de conservación que señale la Dirección en sus instrucciones (-- cláusula 73 PCAG).

Dado el carácter provisional de las órdenes directivas desde el punto de vista de su firmeza, el contratista puede deducir contra las mismas reclamaciones, o formular reservas, según ya quedó indicado más arriba, en los plazos que especialmente se señalan o en su defecto en -- cualquier momento antes de que el contrato quede extinguido.

VII.- PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCION DE INCIDENCIAS.-

La presencia activa de la Administración durante la ejecución de la obra determina que entre ella y el contratista se produzcan divergencias de criterio en cuanto a la interpretación del proyecto y su realización. Mas como el ritmo de los trabajos no debe, por principio, quedar afectado por estas posibles discrepancias, se establece que "una vez iniciados los trabajos, cuantas incidencias puedan surgir entre la Admi-

nistración y el contratista sean tramitados y resueltas por la primera a la mayor brevedad, adoptando las medidas convenientes para no alterar el ritmo de las obras (artículo 131 RCE). Como vemos, no sólo se condena la brevedad en la resolución (esto, de por sí no sería más que un -- simple deseo) sino que además se establece un procedimiento sumario denominado expediente contradictorio (artículo 136 RCE). Su finalidad es servir de cauce para la resolución de cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución del contrato de obras por diferencias en la interpretación de lo convenido o por necesidad de modificar las condiciones contractuales.

Este procedimiento se debe aplicar con carácter general como -- prescribe el mismo artículo 136 RCE, excluyéndose de él los casos que -- ya tienen una regulación especial, como ocurre con la modificación del proyecto para la que existen unos trámites especiales (cláusula 59 y si guientes PCAG), aunque también implica una modificación de las condiciones contractuales. Sin embargo, pese a esta generalidad que se prescribe, el expediente contradictorio no se utiliza en la práctica en muchos casos en que se plantean realmente incidencias entre las partes. Desde luego, el procedimiento sumario del artículo 136 RCE debe ser el cauce ordinario para tramitar las reclamaciones que el contratista deduzca -- contra las órdenes de la Dirección de obra, siendo recurribles las resoluciones que pongan término al mismo, según vimos anteriormente.

Los trámites del expediente contradictorio son los siguientes:

1. Propuesta del facultativo Director de las obras a petición del contratista.
2. Audiencia del contratista o informe del citado facultativo,

a evacuar en ambos casos en un plazo de quince días (15).

3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención General del Estado, a evacuar en el mismo plazo anterior.

4. Resolución del órgano, autoridad que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

Sobre el último trámite hay que hacer notar que hubiera sido - lógico establecer también un plazo breve para que se dictase la resolución que pone fin al procedimiento, pues al no haberlo hecho, se aplicará el régimen general y la doctrina del silencio administrativo (artículo 94 LPA), con lo que el final puede quedar mal parada la brevedad que reclama el artículo 131 RCE. Por otra parte, sólo estableciendo un plazo breve para la resolución habría tenido pleno sentido el último párrafo - del artículo 136 RCE, según el cual "salvo que motivo de interés público lo justifique, la tramitación de incidencias no determinará la paralización de las obras".

VIII.- EL DEBER DE COLABORACION DE LA ADMINISTRACION.-

La necesidad de que el acreedor colabore con el deudor para -- que éste pueda cumplir su obligación, es propio de todas las obligaciones de hacer en las que sin esa cooperación no es posible que se cumpla lo debido, hasta el punto de que puede dar lugar a que se produzca una situación de imposibilidad de cumplimiento o de un incumplimiento más -- oneroso para el deudor.

En principio pudiera entenderse que sólo en las relaciones de trabajo subordinadas tiene relevancia el deber de cooperación del acreedor, el cual indica al deudor cómo ha de desarrollar su actividad para -

conseguir el resultado que el primero pretende obtener.

Sin embargo, en el trabajo autónomo también es a veces imprescindible la cooperación del acreedor. Aunque se conciba el contrato como puramente de resultado, lo cierto es que éste depende en su consecución no sólo de la organización y gestión autónoma del deudor, el contratista en nuestro caso, sino también de la conducta que en determinados casos debe prestar el acreedor, es decir, la Administración.

La moderna doctrina civil ha destacado la importancia que tiene el deber de cooperación del acreedor, singularmente para medir la responsabilidad contractual (16), lo que puede trasladarse sin dificultad a la regulación administrativa del c.o.p.

En el c.o.p. el deber de cooperación de la Administración se configura ampliamente para que el contratista puede iniciar, desarrollar y terminar la obra de conformidad con los pactos contractuales.

En el momento de la iniciación de los trabajos la Administración debe colaborar con el contratista, pues a ella le corresponde proporcionarle los terrenos disponibles, facilitarle la licencia de uso y edificación del suelo cuando sea necesaria e, inevitablemente, de ella tiene que partir la orden de comienzo de la obra que ha de consignar en el acta de comprobación del replanteo, orden que tiene que dar tempestivamente y sin la cual el contratista no debe iniciar los trabajos. En general, la colaboración de la Administración en este momento inicial se completa con las múltiples instrucciones u órdenes que debe dar al contratista para que se realicen perfectamente las llamadas operaciones preparatorias.

Después, una vez iniciada la obra, la cooperación de la Administración se encuentra implícita en su potestad de dirección que se produce en múltiples aspectos. La Administración deberá facilitar al contratista datos, planos de detalle y resolver todos los problemas que la realización de la obra vaya suscitando. La Administración tendrá también que tramitar oportunamente las modificaciones del proyecto, acordando la suspensión de las obras, total o parcialmente, cuando ello sea necesario, para que su ejecución por el contratista no sea más onerosa.

Cuando la obra concluye el deber de colaboración se cumple por la Administración recibiendo la obra en los plazos previstos en el contrato o, en su defecto, en las normas reglamentarias, planteándose entonces diversas cuestiones prácticas que en su momento serán estudiadas.

Este deber de cooperación que incumbe a todo acreedor no constituye una obligación en sentido técnico (17); que la intervención o cooperación del acreedor sea necesaria no significa que sea obligatoria, pues el único obligado es el deudor. Por ello, se ha querido configurar este deber como una carga. Como dice DIEZ-PICAZO (18), "las cargas son una conducta necesaria como requisito previo o como presupuesto del acto del ejercicio de una facultad. No se trata de un auténtico 'deber ser' sino de un 'tener que', que actúa como base de un posterior 'poder ser'". Este mismo autor señala como todo acreedor es sujeto de determinadas cargas que son presupuesto del derecho de crédito, añadiendo que no existe todavía un estudio sistematizado (19) de las cargas del acreedor, si bien cita, en primer lugar, la carga del acreedor de colaboración con el deudor para la realización de la prestación.

Además, el deber de colaboración de la Administración tiene carácter personalísimo en el sentido de que es exclusivo de la Adminis-

tración, sin que pueda ser cumplido por ninguna persona, ni tampoco por el mismo contratista, aunque de ello dependa el normal cumplimiento del contrato. El contratista, por ejemplo, no tiene ni el derecho ni el deber de sustituir a la Administración en sus obligaciones relativas a la disponibilidad de terrenos, modificación del proyecto, suspensión de las obras, etc. Todas estas son obligaciones que incumben a la Administración únicamente, de tal modo que si la colaboración no se presta o se presta tardíamente el contrato puede venir a una situación de imposibilidad de cumplimiento o de un cumplimiento más oneroso para el contratista.

Las consecuencias del incumplimiento del deber de colaboración que tiene la Administración no están reguladas en nuestro Derecho Positivo. Unicamente el artículo 131 RCE ofrece una manifestación concreta del deber de cooperación al decir que el órgano de la Administración que -- haya celebrado el contrato facilitará las autorizaciones y licencias de su competencia que sean precisas al contratista para la ejecución de la obra y le prestará su apoyo en los demás casos. Deber que la Administración asume para no alterar el ritmo de las obras. Pero fuera de esta norma singular no existe un tratamiento adecuado del deber que nos ocupa, -- lo que no es de extrañar, toda vez que la laguna se detecta en el derecho general de obligaciones cuyos esquemas básicos se reciben en la contratación administrativa.

La doctrina civil se ha visto precisada a construir los presupuestos del deber de colaboración del acreedor, generalizando casos singulares recogidos en el CC (artículos 1185, 1176, 1452, 1505, 1589 y -- 1590) y habla de "mora credendi" o "mora accipiendi", y no de "mora de bitoris" porque, como ya se ha dicho, el deber de cooperación se configura como una carga y no como una obligación en sentido estricto. Concretamente en el c.o.p. la Administración incurre en "mora solvendi" respecta

to de su obligación de pagar el precio puntualmente, en cambio si incumple el deber de cooperación lo único que puede darse es la "mora credendi".

El Consejo de Estado viene entendiendo que "a falta de una teoría dogmática de la mora del acreedor en nuestro Derecho, esta materia, considerada tradicionalmente como cuestión "de bono et a equo" se rige - por reglas particulares o por principios generales deducidos de la combinación de tales reglas, entre las cuales puede considerarse la de que, - una vez llegado el plazo, el deudor que se encuentra en situación de pago o cumplimiento tiene derecho a la liberación, que el acreedor debe -- procurarle aceptando el pago, sin poder prolongar la situación de deudor, puesto que esto sería imponerle más de lo que debe" (20).

Resumiendo la posición de la doctrina científica en la cons---
trucción de los presupuestos necesarios de la mora del acreedor, se puede señalar lo siguiente:

1º.- El contratista ha realizado cuanto estaba en sus manos para cumplir con su obligación y queda exonerado de su responsabilidad por incumplimiento porque la falta de cooperación de la Administración actúa como un hecho impeditivo que no le es imputable a él. En este sentido no es necesario acudir a la idea de culpa de la Administración puesto que - lo que exonera al contratista es el simple hecho de la falta de cooperación de aquélla.

2º.- La Administración se sitúa en "mora credendi" respecto de su deber de cooperación sin necesidad de una intimación del contratista, a diferencia de la "mora solvendi" que exige la interpelación (artículo 144 RCE).

32.- La Administración responde de los daños y perjuicios que efectivamente se le produzcan al contratista si éste no tiene más remedio que paralizar las obras, o se hace más onerosa su prestación por el retardo que la falta de cooperación origina. En casos extremos cabe pensar que el contratista podría pedir la resolución del contrato cuyo fundamento no sería tanto el incumplimiento de la obligación típica del contrato (pago del precio) como de la imposibilidad sobrevenida por el acto propio de la Administración. Sin embargo, lo normal es que la Administración coopere tardíamente aunque en un momento en que todavía es posible que el contratista cumpla, por lo que la situación contractual podría ser restablecida mediante el resarcimiento al contratista de los daños que se le hayan producido por el retraso en la iniciación de la obra, paralizaciones totales o parciales de los trabajos, disminución del ritmo de ejecución etc. En suma, puede decirse que la Administración debe resarcir al contratista porque la falta a su deber de cooperación hace más oneroso el cumplimiento de la obligación a cargo de este último, lo que evidentemente no puede comprenderse en el ólea normal del contrato.

N O T A S

(1) GARRIDO FALLA, F. "Tratado de Derecho Administrativo", Vol. II, Madrid, 1980, p. 109.

(2) Como dice LAUBADERE, A. "Avec la concession de service publique, le marché de travaux publics se retache aux types de contrats administratifs dans l'execution desquels l'Administration - dispose de pouvoir d'intervention particulièrement étendues". - - ("Traité Théorique et Pratique des contrats administratifs". Tome II, Paris 1956, p. 365).

(3) Cfr. FRANCOIS LLORENS. "Contrat d'Enterprise et Marché de Travaux Publics". Paris 1981, p. 347.

(4) VILLAR PALASI, J.L. dice a este propósito: "Esa especialidad (la subordinación del contratista) se justifica porque la Administración no puede renunciar en ningún momento a su derecho, que es también obligación, de velar por el fiel y puntual cumplimiento de las actividades que tienden a la satisfacción del interés público". ("Lecciones de Contratación Administrativa", Madrid 1969, p. 204).

(5) CIANFLONE, A. "L'appalto di opere pubbliche". Milán 1976, - p. 396.

(6) Vid. "Guide à l'intention des maîtres d'ouvrages et des - - maîtres des marchés publics de travaux", publicada en el número - extraordinario de "Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment". Octubre 1979, 2ª ed. París.

Pueden verse también estos aspectos organizativos en VILLARD, BACHELOT y ROMERO, Ob. cit. pp. 47 y ss.

(7) VILLAR, BACHELOT, ROMERO. Ob. cit. pp. 50 y 51.

(8) El art. 2.1. CCAC dice que "Le maître d'œuvre est la personne physique ou moral qui, pour sa compétence technique, est chargée par le maître de l'ouvrage ou par la personne responsable du marché de diriger et de contrôler l'execution des travaux et de proposer leur reception et leur reglement; si le maître d'œuvre - est une personne moral, il désigne un personne physique qui a - - seule qualité pour le représenter, notement pour signer les ordres de service".

(9) VILLAR PALASI. Ob. cit. p. 55.

(10) LAUBADERE dedica un capítulo de su obra al estudio de la - "theorie de l'ordre de service" (Ob. cit. Tomo II, p. 368 y ss). En Italia CIANFLONE (Ob. cit. p. 426 y ss) también aborda el estudio de este tipo de actos.

(11) Definición de ZANOBINI aceptada por GARRIDO FALLA, F. Ob. cit. p. 447.

(12) CIANFLONE dice que "Gli ordini di servizio costituiscono -- esercizio di poteri o di diritti potestativi che all'amministrazione competono nell'esplicazione della ingerenza che si è riservato nell'esecuzione. Hanno talvolta natura negoziale a nascono -- del contrato e della necessità di assicurare che questa esecuzione regolare; altre volte hanno natura non negoziale in quanto -- dichiarativi del contenuto del contratto. Hanno in qualche caso natura amministrativa in quanto costituiscono esplicazione di poteri e di potestà che all'amministrazione competono come tale, e cioè che le competono al di fuori del rapporto contrattuale. Spesso costituiscono nient'altro che la forma mediante la quale il direttore dei lavori comunica all'appaltatore una determinazione o una dichiarazione di volontà adottata dall'organo competente dell'amministrazione e che quindi esiste indipendentemente dall'ordine di servizio". (Ob. cit. p. 426 y 427).

(13) Ob. cit. P. 491.

(14) VILLAR EZCURRA, J.L., ha puesto de relieve el carácter de provisionalidad con que se configuran determinadas actuaciones administrativas dentro del c.o.p. que impide aplicar la doctrina del acto consentido. ("Actos consentidos en contratos de obras públicas", REDA, núm. 16, 1978 . pp. 29 y ss)

(15) La jurisprudencia ha declarado que "el artículo 136 del Reglamento de Contratación, no fija el momento de la audiencia, por lo que en cualquier momento es válido, lo que preceptúa es -- que el expediente sea contradictorio, es decir, que la Administración no actúe "motu proprio", requisito que se ha cumplido, por aparecer que la audiencia del contratista tuvo lugar después de la propuesta del facultativo de la obra". (STS, 2 julio 1979).

(16) DIEZ-PICAZO: "Por regla general, la doctrina y la jurisprudencia han examinado con atención la posible imputabilidad al -- deudor del incumplimiento de la obligación y de la insatisfacción del derecho del acreedor. Se entiende que el comportamiento debido, al pertenecer al círculo exclusivo de la actividad del deudor, sólo puede por éste quedar impedido y sólo éste en rigor puede ser culpable del incumplimiento. Este punto de vista se encontraba fundado sobre una generalización o una extensión del esquema de las obligaciones de dar, respecto de las cuales la única -- función de colaboración del acreedor en la ejecución de la prestación era la pura recepción o aceptación del pago. La ampliación -- del círculo de las obligaciones al tráfico económico de prestación de servicios complica, sin embargo, el problema e impone un examen atento para decidir en qué medida la lesión sufrida por el acreedor o la insatisfacción del mismo pueden resultar como consecuencia de un comportamiento que le sea imputable al propio -- acreedor, y para decidir igualmente cuáles pueden ser las consecuencias a las que un supuesto semejante puede conducir". ("Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". P. 720 y ss).

(17) CIANFLONE, A. Ob. Cit. P. 405.

(18) Ob. Cit. 364.

(19) Ya indicamos más arriba (Nota 5 del capítulo I) que GUASP en su obra "Derecho" (p. 100) sitúa la carga dentro de la relación jurídica como un momento del poder, entendiendo que con ella se alude a "la desventaja que produce el no ejercicio de una libertad desde el momento en que es la libertad y solo ella la -- que permite obtener los efectos de la influencia social en que -- todo poder consiste".

(20) Dictamen de 13 de mayo de 1965 (Exp. núm. 34.057).

CAPITULO III =====

LA REALIZACION DE LA OBRA.

I.- EL CARACTER PERSONAL DE LA OBLIGACION DEL CONTRATISTA.-

El contratista es la parte contratante obligada a ejecutar la obra (cláusula 5 PCAG). Esta obligación es esencial pues tipifica el - - c.o.p. y éste no puede concebirse sin ella. De esta obligación se predica su carácter personal por la importancia que tiene el "intuitus personae" en la generalidad de los contratos administrativos (1) y en particular en el c.o.p. Sin embargo, esto sólo es cierto en sentido jurídico formal pero no material.

En efecto, el contratista no está obligado a ejecutar materialmente los trabajos y no es pensable que lo haga por la sencilla razón de que funciona como una empresa. Por ello se ha dicho que su obligación -- más que de hacer es de "hacer hacer" (2). Como tal empresario ha de organizar los medios humanos, económicos y materiales, para que los trabajos se realicen y la obra quede terminada en el tiempo previsto. Ahora -- bien, esta libertad de organización es lo que hace que el contratista -- sea el único responsable jurídicamente de la obra prometida a la Administración, aunque intervengan terceras personas. Su obligación es, pues, -- una típica obligación de hacer en la que destaca su carácter personal. -- La Administración elige al contratista en consideración a sus cualidades o circunstancias personales, profesionales y económicas, que le hacen -- ser un colaborador privilegiado de ella que, por tanto, debe merecer su confianza (3) y esto tiene especial relieve en el momento de la ejecución de la obra. No puede quedar pendiente la realización de la obra de lo que hagan terceros ajenos al contratista, sino que a éste se le exige

personalmente que responda en todo momento frente a la Administración del exacto cumplimiento de su obligación. El carácter personal de esta obligación explica también que el contrato se resuelva por muerte del contratista individual o por la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista (artículo 157 RCE), sin que los sucesores de uno y -- otra tengan derecho a subrogarse en el contrato más que cumpliendo determinadas condiciones (artículo 163 y 164 RCE).

Sin embargo, el "intuitu personae" no es tan absoluto que impida que el contratista actúe por medio de representante, que puedan colaborar con él subcontratistas e, incluso, que pueda ceder a un tercero el mismo contrato.

1. La representación del contratista durante la ejecución de - la obra.- Como señala CIANFLONE, la representación es una verdadera necesidad para el contratista (sea individual o sea una sociedad), como consecuencia del carácter empresarial de su actividad y porque difícilmente puede dirigir varias obras, a menudo complejas, que se encuentran coetaneamente en ejecución (4). Sin embargo a esta necesidad de hecho se -- añade el interés de la Administración en que exista a nivel de la Dirección de obra una persona designada por el contratista capaz de vincularle, lo cual se consigue haciendo de élla un verdadero representante. Aun que la cláusula 5 PCAG empieza por definir al contratista como la parte contratante obligada a ejecutar la obra, a continuación regula la figura del "Delegado de obra del contratista", al que se le considera como la - persona designada expresamente por el contratista y aceptada por la Administración para:

- Ostentar la representación del contratista cuando sea necesaria su actuación o presencia, según el Reglamento General de

Contratación del Estado y los pliegos de cláusulas, así como en otros actos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales, siempre en orden a la ejecución y buena marcha de las obras.

- Organizar la ejecución de la obra e interpretar y poner en práctica las órdenes recibidas de la Dirección.
- Proponer a ésta y colaborar con ella en la resolución de los problemas que se planteen durante la ejecución.

Como vemos, el Delegado no sólo ha de ser persona capacitada en el orden profesional para dirigir la obra, pues también se requiere que actúe como representante del contratista en las relaciones con la Administración. Se trata de una representación directa porque el Delegado actúa en nombre e interés del contratista. Además, la representación es especial pues el apoderamiento se ordena a la ejecución y buena marcha de las obras y no a otros actos del contratista que quedan excluidos.

Sobre la forma de otorgarse la representación, la cláusula 5 - PCAG sólo dice que se ha de hacer expresamente, excluyéndose, por tanto, la representación tácita, aunque si de hecho el Delegado actúa en nombre del contratista, su gestión podría convalidarse mediante la ratificación de este último y la consiguiente aceptación de la Administración. Por otra parte, como esta cláusula no exige la escritura pública para conferir la representación, debe bastar la forma escrita.

El Delegado, aparte de ser un representante del contratista, debe poseer la titulación profesional adecuada para dirigir los trabajos y no bastará simplemente con el título de Ingeniero o Arquitecto que - -

habilite para ello cuando la complejidad o volumen de la obra requiera una cualificación profesional especializada. En estos casos, la Administración tiene que establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que el Delegado ha de tener una titulación adecuada con la naturaleza de la obra y que el contratista designe, además, el personal facultativo necesario bajo la dependencia de aquél (cláusula 5 PCAG). - Nos encontramos de nuevo con la injerencia o intervención de la Administración en la organización del contratista, que tendrá que ser realizada siempre de forma objetiva y siguiendo criterios de racionalidad. Es decir, la Administración no puede exigir al contratista que designe como Delegado suyo a una persona concreta, pues siempre deberá respetar un -- margen de libertad para la elección más adecuada. Esta libertad de elección está reconocida a los contratistas en el artículo 31 LOP, al decir que "los contratistas quedan en libertad de elegir para la dirección de los trabajos que se obliguen a ejecutar a las personas que tuvieren por conveniente, las cuales en todo caso ejercerán sus cargos bajo la vigilancia e inspección de los agentes del Gobierno, según lo dispuesto en -- el artículo anterior", con lo que se hacía referencia al Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Además, la interdicción de la arbitrariedad no solamente se establece respecto de la designación del Delegado sino también sobre su eventual remoción, pues aunque la Administración puede recabar del contratista la designación de un nuevo Delegado y, en su caso, de cualquier facultativo que de él dependa, sólo será posible cuando lo justifique la marcha de los trabajos (cláusula 5 PCAG).

2. El subcontrato de obra pública.- Se puede definir este tipo de subcontrato diciendo que es un contrato por el cual una de las partes, que es contratista de la Administración, encomienda a su vez a otra parte denominada subcontratista, la ejecución de todo o parte de la obra objeto del c.o.p. originario o principal, a cambio de un precio. Como dice -

RUBINO (5), el subcontrato de obra (subappalto) es un contrato de - - obra (appalto), que puede considerarse "de segunda mano" pues en el mismo, el originario contratista asume la posición de comitente, por esto - el subcontrato de obra pública entra dentro de la categoría general del subcontrato o contrato derivado. Según este mismo autor se distinguen -- perfectamente el subcontrato y la cesión de obra. Esta última es un contrato con efectos reales en el sentido de que se transmite íntegra la relación contractual derivada del contrato originario, de tal forma que el cesionario subentra en la misma posición jurídica del cedente y como nuevo contratista queda vinculado directamente con el comitente. En cambio, el subcontrato es un contrato meramente obligatorio que crea sólo una -- nueva relación obligatoria entre el contratista y el subcontratista, la cual permanece extraña al comitente que no adquiere derechos ni asume -- obligaciones con el subcontratista (6).

A nuestro juicio, la clave de la distinción entre el subcontrato y la cesión de obra se encuentra ciertamente en que exista o no una auténtica subrogación o novación y no en la mayor o menor extensión objetiva de la operación jurídica, tal como entiende LAUBADERE (7). En - - nuestro Derecho, el criterio que se propugna aparece con toda claridad - en el artículo 52 RCCL, según el cual "en las subastas será admisible la novación por cesión de los derechos del adjudicatario a otras personas". También la jurisprudencia distingue perfectamente el subcontrato de la - cesión según el criterio de la novación. La STS de 5 de febrero de 1979 dice que "el Cap. VII del Tit. 2º del Reglamento de Contratación Administrativa regula sucesivamente pero de manera distinta la cesión de los -- contratos y la subcontratación, siendo más rigorista la normativa con -- aquella figura que implica novación del contrato por variación de uno de sus elementos".

El subcontrato constituye una excepción al principio general -

de que el contratista tiene la obligación de ejecutar la obra personalmente. Sin embargo, el subcontrato no es en la práctica una figura excepcional, sino todo lo contrario; a poco que una obra tenga cierta envergadura o complejidad técnica es necesario acudir a la colaboración de empresas especializadas, pues los contratistas no pueden abarcar dentro de su organización, con carácter permanente, profesionales o trabajadores especializados que sólo eventualmente son necesarios en función del tipo de obra que se contrate con la Administración. Pese a ello, algún Derecho como el italiano (8), establece como principio la prohibición del subcontrato, que sólo puede ser derogada por la Administración cuando esta última aprecie la compatibilidad del subcontrato con los intereses que la prohibición garantiza. En cambio, nuestro Derecho parte de un principio favorable al subcontrato, pues como dice el artículo 184 RCE "salvo que el contrato disponga lo contrario o que de su naturaleza y condiciones se deduzca que la obra ha de ser ejecutada directamente por el adjudicatario, podrá éste concertar con terceros la realización de determinadas unidades de obra".

El subcontrato da lugar a tres tipos de relaciones que han de estudiarse por separado.

A) Entre la Administración y el contratista.- El subcontrato no influye en el contrato principal que vincula a la Administración con el contratista, que debe cumplirse como si el subcontrato no existiese. Ahora bien, para que el contratista pueda subcontratar, es necesario que la Administración lo autorice comprobando previamente el cumplimiento de los siguientes requisitos exigidos por los artículos 59 LCE y 185 RCE.

"1. Que se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar con indicación de las partes de obra a realizar y sus condiciones económicas, a fin de que aquélla -

lo autorice previamente, a no ser que el contrato facultase - ya al empresario a estos efectos.

2. Que las unidades de obra que el adjudicatario contrate con terceros no excedan del 50 por 100 del presupuesto total de - la obra principal, salvo que se haya autorizado expresamente otra cosa en el contrato originario".

La previa autorización de la Administración para celebrar el - subcontrato constituye un presupuesto pero no una condición de validez - del mismo. Como dice GARCIA-ENTERRIA (9) "la falta de autorización no enerva la eficacia del subcontrato en cuanto pacto 'inter privados' aunque puede dar lugar a la resolución del contrato principal por incumplimiento del contratista". Según el mismo autor, no parece arriesgado admitir el carácter reglado de la autorización requerida para el subcontrato, teniendo en cuenta que la Ley parte de un principio favorable al mismo, lo que ya hicimos notar por nuestra parte más arriba. Por otra parte, si la autorización para subcontratar está concedida de antemano en el contrato principal, basta dar cuenta por escrito a la Administración de los subcontratos que lleguen a celebrarse (artículo 185 RCE).

B) Entre el contratista y el subcontratista.- Las relaciones - entre el contratista y el subcontratista están determinadas por la naturaleza del subcontrato como negocio jurídico derivado o secundario (10) lo que permite afirmar del mismo que es estructuralmente autónomo y funcionalmente dependiente.

El subcontrato es autónomo porque es un contrato de arrendamiento de obra, de naturaleza civil, que se rige por lo pactado entre -- las partes y por las normas del CC (artículo 1588 y siguientes), sin que esta situación se altere por la circunstancia de que el objeto del subcontrato pueda coincidir con el del contrato principal en todo o en parte.

El subcontrato es funcionalmente dependiente del contrato celebrado entre la Administración y el contratista principal. Esta dependencia se pone de manifiesto en el momento de subcontratar, puesto que la determinación de la obra objeto del subcontrato queda afectada por la necesaria referencia al proyecto principal y porque también la Administración ejerce un control, según ya se ha visto, sobre las condiciones del subcontrato. Después, durante la ejecución de la obra, el subcontratista está condicionado por la intervención de la Administración en la ejecución de toda la obra como consecuencia de sus funciones de dirección y control. Y, por último, la resolución o la anulación del contrato principal puede también afectar de diverso modo al subcontrato. La extinción del contrato principal por decisión de la Administración o porque se declare la nulidad del mismo, constituye una imposibilidad sobrevenida para el subcontratista, que determinará la resolución del subcontrato (artículo 1184 CC). Si dicha extinción es debida a la culpa del contratista principal, el subcontratista podrá accionar contra aquél por la vía de la resolución contractual, con el consiguiente resarcimiento de los daños y perjuicios (artículo 1101 y 1124 CC).

C) Entre la Administración y el subcontratista.— No existen relaciones contractuales entre la Administración y el subcontratista, pues como dice el artículo 186 RCE "Los subcontratistas quedarán obligados sólo frente al contratista principal". Por lo demás, la autorización de la Administración para celebrar el subcontrato constituye, como ya se ha indicado, un presupuesto y no condición de validez.

Se echa de menos en la regulación administrativa del subcontrato la posibilidad de que pueda reclamar directamente frente a la Administración, subrogándose en los derechos del contratista si no los ejerce en perjuicio suyo. La acción directa que regula el artículo 1597 CC

("los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de élla sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación"), -- tendrá que ejercitarse en su caso en la vía jurisdiccional ordinaria, -- apurando antes la reclamación previa regulada en los artículos 139 a 144 LPA (11).

3. La cesión del contrato.— Si la subcontratación es un medio de hacer posible jurídicamente la colaboración de uno o varios empresarios con un contratista principal, la cesión del contrato permite la sustitución de un contratista por otro sin que desaparezca la relación contractual previamente constituida con la Administración.

La cesión del contrato, en general, y la del c.o.p. en particular, es una operación jurídica compleja, por las relaciones tripartitas a que da lugar entre cedente, cesionario y cedido. La función que desplega en cada tipo de contrato es siempre permitir que se transmita una relación contractual en su unidad o como suma de derechos y obligaciones -- que contiene (12). Respecto del contrato civil de obra se ha dicho que cuando se consiente la cesión es para que la función económica que el -- contrato trataba de desplegar subsista, no obstante las dificultades que haya podido ocasionar a los contratantes primitivos (13), y esta explicación nos parece también muy válida cuando se considera la cesión del -- c.o.p., pues la experiencia enseña que la Administración prefiere sustituir a un contratista, que por razones técnicas o económicas no puede -- cumplir normalmente el contrato, por otro contratista que le ofrezca las debidas garantías para la correcta ejecución de la obra, evitando de este modo el perjuicio que para el interés público supone siempre la resolución del contrato y la selección de un segundo contratista.

La cesión del contrato puede tener lugar tanto de parte de la Administración como de parte del contratista, aunque los artículos 58 -- LCE y 182 RCE sólo se refiere a esta segunda hipótesis al admitir que -- los derechos dimanantes de un contrato de obras (y aunque no lo diga ta bién las obligaciones) pueden ser cedidos a un tercero, siempre que las cualidades personales o técnicas del cedente no hayan sido determinantes de la adjudicación de la obra, con lo que se viene a subrayar una vez más la importancia del "intuitus personae" en el c.o.p. No obstante, y al no estar prohibido expresamente, es indudable que la Administración puede -- ser quien ceda el contrato. Ahora bien, para que exista verdadera cesión son necesarias dos condiciones. La primera es que la cesión del contrato sea interpersonal, es decir, de una Administración a otra (de la del Estado, a una autonómica o a una local, por ejemplo); pues no habrá cesión si lo que existe es simple sustitución o subrogación de órganos por muy alto que sea su nivel de jerarquía, lo cual se explica perfectamente por el hecho de que la cesión del contrato implica necesariamente la nova- -- ción subjetiva, esto es, el cambio de una de las partes por otro sujeto que se subroga en los derechos y obligaciones de aquélla, derivados del contrato cedido y considerados en su unidad. La segunda condición para -- la cesión por parte de la Administración es que ésta obtenga el consenti miento del contratista cedido, toda vez que si como deudor de la obra -- le puede ser indiferente el nuevo acreedor cesionario, no sucede lo mismo en cuanto que dicho contratista es simultáneamente acreedor del pre- -- cio a que está obligado a pagar la Administración cedente.

Cuando es el contratista quien cede el contrato también es necesario que la Administración lo autorice previa y expresamente. Ahora -- bien, esta autorización puede venir dada en el mismo contrato u otorgarse "a posteriori" cuando la solicite el contratista. En el primer caso, la previa autorización no exime al contratista de comunicar a la Administración

tración que ejercita el derecho a ceder en el contrato. La Administra- -
ción una vez notificada por el contratista deberá aceptar la cesión anun-
ciada, constituyendo tal aceptación una nueva declaración de que el dere-
cho al ceder está bien ejercitado. En el segundo caso, esto es, cuando -
se pide la autorización a ceder el contrato sin pacto previo, la Adminis-
tración puede o no concederla y la concesión de la autorización se con--
vierte en condición de validez del contrato de cesión.

Ahora bien, la falta de autorización para ceder, sólo determi-
na la invalidez del contrato de cesión frente a la Administración cedido,
pues entre el contratista cedente y el cesionario se producen derechos y
obligaciones; así el cesionario de buena fé podrá reclamar del cedente -
una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contra-
to de cesión. Por otra parte, la falta de autorización de la Administra-
ción dará lugar a que ésta pueda ejercitar la acción de incumplimiento -
del contrato cedido (artículos 53 LCE y 158 RCE) y eventualmente una ac-
ción de responsabilidad extracontractual (artículo 1902 CC) contra el ce-
sionario si éste se inmiscuye en la ejecución de la obra.

Teóricamente la cesión del contrato se podrá producir sin espe-
rar a que se dé curso a la ejecución de la obra. Sin embargo, los ar-
tículos 58 LCE y 183 RCE exigen que el cedente tenga, al menos, ejecuta-
do un 20 por 100 del presupuesto total del contrato, requisito que si --
por un lado propende a evitar la especulación con las adjudicaciones de
obra, por otro lado constituye un obstáculo cuando, como sucede por lo -
general, es la Administración la primera interesada en la cesión. Este -
inconveniente se suele obviar en la práctica, subcontratando el cedente
con el cesionario el primer 20 por 100 de la obra, percibiendo este últi-
mo el precio mediante el endoso de las certificaciones que expida la Ad-
ministración.

Respecto a la forma del contrato de cesión, el apartado 3 de los artículos 58 LCE y 183 RCE exige la escritura pública, sin distinguir según que el contrato cedido esté o no formalizado, a su vez, de la misma manera; lo que puede dar lugar a que se exija para la cesión una solemnidad mayor que para el contrato objeto de ella.

Efectuada válidamente la cesión, el cedente queda liberado -- frente a la Administración, ya que el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que le correspondían a aquél (artículo - 182 RCE).

II.- EL DEBER DE RESIDENCIA Y EL DERECHO DE VECINDAD DEL CONTRATISTA.-

Consecuencia, en cierto modo, del carácter personal que tiene la obligación de ejecución de la obra por el contratista, es el deber que éste tiene de residir en el lugar donde se realizan los trabajos o en -- una localidad próxima a él. La Administración se asegura de que el contratista realizará personalmente (en sentido jurídico-formal) la prestación prometida, vinculándole al lugar donde físicamente esta prestación, es decir, la obra, ha de realizarse.

La cláusula 6 PCAG impone al contratista este deber de residencia o inmediación física con la obra, a cuyo fin está obligado a comunicar a la Administración, en un plazo de quince días, contados a partir -- de la fecha en que se le haya notificado, la adjudicación definitiva de las obras, su residencia o la de su delegado, "a todos los efectos derivados de la ejecución de aquéllas". Además, la misma cláusula 6 PCAG -- obliga al contratista a que obtenga la previa conformidad de la Administración tanto para concretar inicialmente el lugar de la residencia como para cualquier cambio futuro.

El deber de residencia dura por todo el tiempo que transcurre desde que comienzan las obras hasta su recepción definitiva, admitiéndose se que el contratista o su delegado se ausente del lugar fijado previa comunicación a la Dirección de la persona que designe para sustituirle. (Cláusula 6 PCAG, párrafo 3º).

La residencia del contratista en el emplazamiento de la obra o en sus proximidades satisface, desde luego, la exigencia de una inmediatez con los trabajos pero, también facilita el funcionamiento burocrático de la obra, pues el lugar de residencia queda habilitado para recibir y quedar notificado de cuantos actos procedan de la Administración, y en particular las órdenes e instrucciones de la Dirección de obra. Así se desprende de la cláusula 6 PCAG que como antes vimos impone el deber de residir en un lugar concreto "a todos los efectos" derivados de la ejecución de la obra.

También se relaciona con el deber de residencia, en el aspecto burocrático que se acaba de señalar, la obligación que se impone al contratista de instalar antes del comienzo de las obras y de mantener durante la ejecución del contrato, una "oficina de obra" en el lugar que considere más apropiado, previa conformidad del Director (cláusula 7 PCAG), lo cual, por tanto, puede estar dentro del mismo emplazamiento o recinto de la obra o fuera de ella. En esta oficina el contratista debe conservar copia autorizada de los documentos contractuales del proyecto o proyectos base del contrato y Libro de Ordenes; a tales efectos, la Administración debe suministrar al contratista una copia de esa documentación técnica antes de la fecha en que tenga lugar la comprobación del replanteo. El contratista no puede proceder al cambio o traslado de la oficina de obras sin previa autorización de la Dirección (cláusula 7 PCAG, párrafo segundo y tercero).

El deber de residencia se encuentra compensado tratándose de - contratistas del Estado, pues tanto ellos como sus dependientes y operarios gozan del beneficio de vecindad en el aprovechamiento de leñas, pastos y demás que disfruten los vecinos de los pueblos en cuyos términos - se hallen comprendidas las obras (artículo 32 LOP).

III.- EL PROYECTO, NORMA DE EJECUCION DE LA OBRA.-

Tanto la Ley (artículo 44 LCE y 130 RCE) como el contrato obligan al contratista a ejecutar la obra de conformidad con el proyecto.

El Proyecto cumple una primera función descriptiva de la obra que ha de realizarse , facilitando así la determinación del objeto (ar--tículo 11 LCE y 28 RCE) en el momento de la celebración del contrato. -- Mas el Proyecto no sólo individualiza la obra en el sentido de que la referencia al mismo permite conocer qué obra ha de realizarse, pues también señala al contratista cómo hay que realizarla, y bajo este aspecto es -- sin duda la norma que, de modo inmediato, regula la ejecución de la obra contratada. Ciertamente el proyecto no es norma jurídica, pues sustanciallmente es un conjunto de datos técnicos reflejados en planos, cálculos, - etc. Ni siquiera es una cláusula contractual pues ésta es esencialmente una manifestación de voluntad. Verdaderamente el Proyecto es, como dice RUBINO (14), punto de referencia de un acuerdo de voluntades de las partes, en cuanto que quieren que la obra se realice según las prescripcio--nes técnicas que en él se contienen. Nos encontramos así con un caso de aplicación de la técnica "per relationem" para concretar el objeto con--tractual, conocido ya en la contratación privada (artículos 1448 CC por ejemplo). Ahora bien, tan pronto el proyecto es integrado en el contrato, se convierte en norma que obliga al contratista de modo inmediato, indi--cándole cómo la obra ha de ser realizada.

IV.- EL CONTENIDO DEL PROYECTO.-

En la contratación privada de obras es posible que se parta de un proyecto esquemático que se va desarrollando a medida que la obra - - avanza en su ejecución. Existen, desde luego, normas administrativas - - (15), que prescriben el contenido del proyecto, pero su incumplimiento no afecta a la validez del contrato celebrado sobre la base de una concepción técnica de carácter preliminar. Por el contrario, en la regulación del c.o.p. se exige un proyecto perfectamente definido para poder - contratar y no se deja a una voluntad posterior de las partes la concreción técnica de la obra. Existe, por ello, una reglamentación minuciosa - del contenido del proyecto, que de esta manera constituye una referencia objetiva estable no sólo para la celebración del contrato sino para su - posterior ejecución, de aquí que nos tengamos que detener necesariamente en el estudio de las normas que desde el punto de vista jurídico determinan cómo el proyecto debe confeccionarse.

Naturalmente, el contenido del proyecto está en función de la complejidad técnica de la obra; así hay que partir de la distinción reglamentaria (artículo 57 RCE), que clasifica las obras según su objeto y naturaleza en tres tipos: a) obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación; b) obras de reparaciones menores; c) obras de conservación y mantenimiento. Las primeras se definen como las que dan lugar a - la creación de un bien inmueble. Las segundas abarcan las de ampliación, mejoras, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente. Las últimas son aquellas necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales. Todavía a estas definiciones básicas hay que añadir las reglas -- siguientes: a) cuando las obras de reparación afectan fundamentalmente a la estructura resistente se califican de gran reparación y en caso con-- trario, de reparación menor; b) si el menoscabo se produce en el tiempo,

por el natural uso del bien, las obras necesarias para su enmienda tendrán el carácter de conservación y este mismo carácter tienen las obras de mantenimiento.

1. Proyectos de obras de primer establecimiento, reforma o -- gran reparación..- Cualquiera que sea la cuantía del Proyecto, los artículos 22, A) LCE y 63 A) RCE, imponen como mínimo la existencia de los siguientes documentos:

1. Una Memoria que considerará las necesidades a satisfacer y los factores de todo orden a tener en cuenta.

2. Los planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida.

3. El Pliego de prescripciones técnicas particulares donde se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución.

4. Un presupuesto integrado o no por varios parciales con expresión de los precios unitarios descompuestos, estados de cubicaciones o mediciones y los detalles precisos para su valoración.

Cuando la cuantía del Proyecto es superior a cinco millones de pesetas, el apartado B) de los artículos 22 LCE y 63 RCE exige, además:

1. Un programa de posible desarrollo de los trabajos en tiempo y coste óptimo de carácter indicativo, así como la clasificación que con arreglo al Registro debe ostentar el empresario para ajustarla.

2. Los documentos que sean necesarios para promover las autorizaciones o concesiones administrativas que sean previas a la ejecución.

3. Cuando las obras hayan de ser objeto de explotación retribuida se acompañarán los estudios económicos y administrativos sobre régimen de utilización y tarifas que hayan de aplicarse.

A continuación el RCE contiene normas detalladas sobre estos documentos del proyecto, de las que interesa destacar en este momento -- aquellas que se refieren especialmente a la realización de la obra, pues las referentes a la valoración de la obra (presupuesto y precios), las estudiaremos al ocuparnos de la obligación de pago de la Administración.

A) Memoria del Proyecto. -- En primer lugar se refiere el artículo 64 RCE a la Memoria para señalar que serán factores a considerar en la misma los económicos, sociales administrativos y estéticos, así como las justificaciones de la solución adoptada en sus aspectos técnico y económico y de las características de todas y cada una de las obras proyectadas. Se indicarán con ella los datos previos, métodos de cálculo y ensayos efectuados, cuyos detalles y desarrollo se incluirán en anejos separados. También figurarán en otros anejos; el estudio de los materiales a emplear y los ensayos realizados con los mismos, la justificación del cálculo de los precios adoptados, las bases fijadas para la valoración de las unidades de obra y de las partidas alzadas propuestas y el presupuesto para conocimiento de la Administración obtenido por la suma de los gastos correspondientes al estudio y elaboración del Proyecto, incluso honorarios reglamentarios, cuando procedan, del presupuesto de las obras y del importe previsible de las expropiaciones necesarias y de restablecimiento de servicios y servidumbres afectados en su caso. Igualmente, en dicha Memoria figurará la manifestación expresa y justificada de que el Proyecto comprende una obra completa o fraccionada, según el caso, en el sentido exigido por el artículo 58 RCE o en el permitido por el artículo 59 RCE referente a obras fraccionadas. Si se trata de un ante--



proyecto también se hace constar esta circunstancia.

En fase de ejecución de la obra, la Memoria se convierte a veces en un documento conflictivo, pues hay casos en que la Administración pretende ignorar su propio valor, con el argumento que parece ofrecer el artículo 82 RCE, que no menciona la Memoria entre los documentos que obligatoriamente han de tener carácter contractual, como son los planos, el pliego de prescripciones técnicas y los cuadros de precios. Sin embargo, no puede ofrecer dudas que la Memoria es un documento que necesariamente forma parte del proyecto y que éste, en su conjunto, queda integrado en el contrato por la referencia que al mismo hacen las partes. La jurisprudencia (16) ha reconocido el valor de la Memoria como documento del proyecto para ayudar a conocer la verdadera voluntad de las partes.

B) Los planos del Proyecto.- Respecto a los planos ya hemos -- visto que según el artículo 63 RCE son de dos tipos; de conjunto y de de talle, con la finalidad primordial de que la obra quede perfectamente de finida, pero el artículo 65 RCE añade que los planos deberán ser lo su-- ficientemente descriptivos para que pueda deducirse de ellos las mediciones que sirvan de base para las valoraciones pertinentes, y que habrán -- de servir para la exacta realización de la obra, a cuyos efectos deberá poderse deducir también de ellos, los planos de ejecución en obra o en -- taller. Por tanto, estos últimos planos aunque son elaborados en el curso de la obra, son un desarrollo de los del Proyecto quedando incorporados a él.

El PCAG no dedica ninguna cláusula a los planos, omisión criticable ya que en él deberían haberse establecido algunas normas sobre aspectos comunes a todas las obras. Así habría sido conveniente una regulación sobre la identificación o registro de planos, pues en el curso de -- la obra se produce un gran movimiento de estos documentos gráficos, con

la particularidad de que las deficiencias en la definición de no pocos - proyectos, es suplida por el contratista, que colabora con sus oficinas técnicas y da lugar a una producción de planos que en algunos casos puede ser abundante. También debería haberse establecido la obligación de - que al término de la obra se formasen una o varias colecciones con los - planos que definitivamente hayan servido para la ejecución de los trabajos; de este modo se dispondría de datos técnicos fiables para resolver los problemas técnicos que en el futuro pudieran surgir; y todo ello con - independencia de la importancia de estos documentos cuando se suscitan - cuestiones de responsabilidad. Sin embargo, el PCAG nada ha previsto sobre esta u otras cuestiones.

C) El Pliego de prescripciones técnicas particulares.- Dentro del Proyecto, este documento cumple una función claramente normativa. El artículo 66 RCE determina el contenido del Pliego de prescripciones técnicas particulares "a los efectos de regular la ejecución de las obras". Sin embargo, este efecto regulador no es privativo del pliego, pues aunque con representaciones gráficas que no son palabras, también los planos indican cómo debe hacerse la obra. Se trata, por tanto, de un documento del proyecto que complementa los planos regulando cuando menos los siguientes extremos:

- a) Las características que han de reunir los materiales a emplear.
- b) La indicación de la procedencia de los materiales naturales, si se juzga oportuna y esa procedencia define las características de los mismos.
- c) Los ensayos a que deben someterse para comprobación de las

condiciones que han de cumplir.

d) Las normas para la elaboración de las distintas unidades.

e) Las instalaciones que hayan de exigirse.

f) Las precauciones que deben adoptarse durante la construcción.

g) Las formas de medición y valoración de las distintas unidades de obras y las de abono de las partidas alzadas.

h) El plazo de garantía.

i) Normas y pruebas positivas para las recepciones.

Todo este contenido del pliego puede quedar desarrollado expresamente en él o por referencia a los pliegos de prescripciones técnicas generales que resulten de aplicación, pues los artículos 17 LCE y 39 RCE prevén que el Gobierno podrá establecer, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, los pliegos de prescripciones -- técnicas generales a que haya de ajustarse la prestación a contratar -- por la Administración.

Por último, el artículo 66 RCE sienta la norma de que "en ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas de carácter económico que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas", como serían el régimen de pago, la revisión de precios, etc. Esta disposición tajante contrasta con la práctica, pues no es raro encontrar cláusulas económicas en el pliego de prescripciones técnicas. Y ello no sólo -- porque tampoco se precisa qué se entiende por cláusula de carácter económico, sino porque se utilizan rutinariamente pliegos tipo que no se --

revisan y que pueden incurrir en la prohibición legal. Con todo, un - - pliego que contravenga la norma que comentamos sería anulable sólo en la parte del mismo afectada y tal anulación no podrá oponerse por la Administración al contratista por ser ella causante del vicio (artículo 115 LPA), así lo tiene declarado la STS de 29 de abril de 1980.

2. Proyectos de obras de reparaciones menores y de conservación o mantenimiento.- Lógicamente la documentación de estos Proyectos - se reduce, dada la finalidad de estas obras. El artículo 70 RCE dispone que "en los proyectos de obras que tengan la consideración de reparaciones menores, podrán reducirse en extensión los documentos señalados en - el artículo 63 e incluso suprimirse alguno de ellos, siempre que los res^ultantes sean suficientes para definir, ejecutar y valorar las obras que - comprende. En todo caso, deberá figurar el presupuesto de las obras que será el único documento exigible cuando se trate de obras inferiores a - 500.000 pesetas. Esta cifra podrá ser modificada por acuerdo del Conse-- jo de Ministros".

Por lo que se refiere a las obras de conservación, el artículo 71 RCE dice que serán objeto de proyectos o presupuestos análogos a los de las reparaciones menores, excepto en los casos en que por sus caracte^urísticas especiales no sean susceptibles de integrarse en un Proyecto o en un presupuesto y hayan, por tanto, de ser ejecutadas directamente por la Administración con cargo a la consignación librada periódicamente para estos fines.

3. Proyectos y anteproyectos elaborados por el contratista.- Existen casos en que la ejecución de la obra se hace de acuerdo con el - Proyecto que ha elaborado el propio contratista, que por consiguiente ad^uquiere una responsabilidad adicional por sus eventuales vicios o defec-- tos.

El contratista puede ser el autor del Proyecto cuando se trata de un concurso de proyecto y obra o de un concurso de anteproyecto y - obra (17). El artículo 113 RCE dice que "se celebrarán mediante concurso los contratos que se refieran a la ejecución de obras cuyos proyectos o prescripciones técnicas no hayan podido ser establecidas previamente - por la Administración y cuyos anteproyectos deban presentar los licitadores".

En los casos en que el contratista hubiera de presentar el proyecto de la obra, la Administración podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que la misma hayan de sujetarse (artículo 63 RCE).

Cuando el contrato se refiere a una obra definida en un anteproyecto, éste deberá ser convertido posteriormente en Proyecto, para lo cual, y a efectos también de la propuesta de gasto, el artículo 61 RCE - determina que el anteproyecto comprende:

1º.- Una Memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos y administrativos que se tienen en cuenta para plantear el problema a resolver y la justificación de la solución que se propone desde los puntos de vista técnico y económico, así como los datos y cálculos básicos correspondientes. También se justificarán los precios descompuestos adoptados.

Figurarán en dicha Memoria la manifestación expresa y justificada de que el anteproyecto comprende una obra completa en el sentido -- exigido por el artículo 85 RCE.

2º.- Los planos de situación generales y de conjunto, necesarios para la definición de la obra en sus aspectos esenciales y para ba-

sar en los mismos las mediciones suficientes para la confección del proyecto.

32.- Un presupuesto formado por un estado de mediciones de elementos compuestos, especificando claramente el contenido de cada uno de ellos; un cuadro de los precios adoptados para los diferentes elementos compuestos y el correspondiente resumen o presupuesto general que comprenda todos los gastos, incluso de expropiación, a realizar por la Administración.

42.- Un estudio relativo a la descomposición del anteproyecto en proyectos parciales, con señalamiento de las fracciones del presupuesto que corresponderán a cada uno y de las etapas y plazos previstos para la elaboración, contratación y ejecución de los mismos.

52.- Cuando la obra haya de ser objeto de explotación retribuida será necesario acompañar, asimismo, los estudios relativos al régimen de utilización y posibles futuras tarifas.

La contratación de obras definidas por un anteproyecto sólo podrá tener lugar en las condiciones contempladas en el apartado 2 del artículo 113 RCE y, excepcionalmente, por el sistema de administración.

V.- UTILIDAD E INTEGRIDAD DE LA OBRA.-

El contratista es deudor de un resultado final o total y no de un resultado parcial o de una simple actividad. El contratista sólo se libera ejecutando una obra completa, lo cual tiene importantes matizaciones en el c.o.p. En el contrato civil de obra es muy posible que varios contratistas realicen de manera concurrente o sucesiva partes de una mis

ma obra, por lo que cada una de esas partes pueden constituir, sin embargo, el resultado final prometido en cada contrato, y esto puede obedecer a criterios tanto técnicos como de mera conveniencia del comitente o dueño de la obra. En cambio, en el c.o.p. el resultado final que ha de alcanzar el contratista al ejecutar la obra se define en relación al servicio o uso público al que está destinada la obra. Por ello los proyectos deben referirse, necesariamente, a obras completas y como tales se definen las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio -- correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto, y comprenderán todos y cada uno de los -- elementos que sean precisos para la utilización de la obra. Cuando el -- proyecto se refiere a obras de reforma, reparación o conservación, sólo son completas cuando comprenden todas las necesidades para lograr el fin propuesto (artículos 21 LCE y 58 RCE, párrafo 1º y 3º).

Si la obra no es completa en el sentido indicado no puede ser contratada por la Administración, pero este fundamental requisito también despliega su eficacia durante la ejecución porque, como veremos al tratar de la modificación del Proyecto, ni la Administración ni el contratista pueden consentir en que la ejecución no llegue a obtener una obra que no sirva para el uso o servicio inicialmente previsto.

Con carácter excepcional se admite que varias partes de una obra pueden ser objeto de proyecto independiente si se dan en ésta los requisitos que exigen los artículos 21 LCE y 59 RCE: a) que las partes de obra sean susceptibles de utilización independiente en el sentido del uso general o del servicio; b) que puedan ser sustancialmente definidas y proceda autorización administrativa que funde la conveniencia del fraccionamiento, correspondiendo conceder esa autorización al Jefe del Departamento o autoridad en quien haya expresamente delegado esa facultad. --

Además, la autorización ha de ser motivada, lo que restringe la discrecionalidad y facilita la fiscalización administrativa y jurisdiccional - del fraccionamiento autorizado.

El requisito de la ejecución de una obra completa puede no cumplirse no sólo por defecto, sino por exceso, esto es, cuando en lugar de fraccionarse la obra, se la integra con elementos que deben ser objeto - de prestaciones propias de una compraventa o un suministro. Por ello, el artículo 58 RCE, párrafo segundo, autoriza sólo en los proyectos de edificios que se comprendan bienes de equipo que deban ser empleados en ellos mediante instalaciones fijas, siempre que constituyan complemento natural de la obra y su valor suponga un reducido porcentaje en relación con el presupuesto total del proyecto. De todos modos, parece excesivo que sólo se haga referencia a edificios, pues en otras obras públicas puede ser - también necesario incorporar bienes de equipo a cuyo suministro se le podría aplicar sin dificultad esas cautelas. Lo que sí parece claro es que el artículo 58 RCE excluye del c.o.p. una modalidad muy extendida en el sector industrial, como es la ejecución de plantas "llave en mano", en - donde se combinan prestaciones del contrato de obra para realizar la llamada obra civil, con otras propias de la compraventa o suministro de los equipos e instalaciones, sea en forma simple o con la obligación de realizar su montaje, lo que también puede implicar obligaciones de resultado.

VI.- COMPLEJIDAD DE LA OBRA.-

Cuando afirmamos ahora que la obra es compleja nos referimos - no tanto a su resultado final como al hecho de que su ejecución comporta la realización de actos de diversa naturaleza. Una obra aunque sea muy - sencilla técnicamente obliga al contratista a realizar diversas operaciones, por lo que más que la obra en sí es la obligación de realizarla la

que reviste esa complejidad (18). Ciertamente esa diversa actividad no da lugar a obligaciones autónomas o independientes de la obligación típica a cargo del contratista, cual es la realización de la obra, pero en la práctica se pueden desgranar una serie de actos de muy distinta naturaleza que se encaminan a obtener el resultado final.

No existe una regulación general de las numerosas prestaciones a que se ve obligado el contratista para realizar la obra, pero en el -- pliego de prescripciones técnicas de cualquier obra se pueden encontrar fácilmente ejemplos de las mismas. De todos modos existe algún precepto reglamentario que deja entrever cuanto venimos señalando, como ocurre -- con el artículo 67 RCE que enumera algunas prestaciones indispensables -- para realizar la obra al mencionar los llamados costes indirectos que se toman en consideración para el cálculo de los precios unitarios. Allí se mencionan la instalación de oficinas a pié de obra, las comunicaciones, la edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obre--ros, laboratorios, etc. Por el contrario, y como ya sabemos, no es de -- cargo del contratista, aquellas prestaciones que son un presupuesto de -- la ejecución y no parte de ella, como sucede con los terrenos que son necesarios para las obras, que han de ser expropiados u ocupados temporalmente por la Administración (cláusulas 30 y 31 PCAG).

VII.- LA OBLIGACION DE APORTAR MATERIALES.-

El contratista está obligado a suministrar los materiales necesarios para la realización de la obra. Esta obligación está implícita o es consecuencia de la obligación de realizar la obra prometida. Los materiales, como tales, no son objeto del c.o.p., pues el verdadero objeto -- es el resultado final que se obtiene al realizar la obra completa (19).

No existe, pues, una regulación autónoma de esta obligación, que destaque de la obligación principal de ejecución. Las normas reguladoras del c.o.p. se ocupan más que de la obligación de suministrar materiales, de ciertos controles sobre los mismos que tienden a asegurar la consecución del resultado final.

Esta obligación del contratista puede quedar reducida o incluso desaparecer en dos casos. El primero se da cuando es la Administración quien aporta total o parcialmente los materiales, las instalaciones u otros medios destinados a la ejecución de las obras, hipótesis que admite el artículo 55 RCE. El segundo caso se produce cuando la misma naturaleza de la obra excluye la aportación de materiales como puede ocurrir con las obras de excavación, movimiento de tierras, dragado de un puerto etc. Con todo, lo normal será que el contratista deba aportar o suministrar los materiales necesarios para realizar la obra objeto del contrato.

VIII.- EL CONCEPTO DE MATERIALES.-

No existe una definición legal de materiales, lo cual es muy comprensible, pues por fuerza habría tenido que ser muy genérica y, por tanto, de escasa utilidad. Realmente se puede decir que material es todo aquello que sea susceptible de integrarse en la obra en ejecución para hacerla ésta viable y útil, o si se quiere concretar algo más, se puede decir que son materiales todos aquellos bienes que constituyen materias primas o semielaboradas que pueden emplearse en la obra quedando integrados en ella (20).

Todavía cabría añadir que esta idea de los materiales se amplía a efectos del c.o.p. porque cada día es más frecuente el uso de elementos prefabricados, esto es, de bienes acabados que se acoplan o ensam-

blan en la obra.

Los materiales se distinguen de los llamados medios de obra, - es decir, de todos los instrumentos y equipos, desde la más sencilla - - herramienta hasta la máquina más compleja, que utiliza el contratista en la realización de la obra. E igualmente no son materiales las obras provisionales, esto es, aquellas de carácter accesorio que se construyen para hacer posible la realización de la obra (almacenes, oficinas, caminos de acceso, etc.) que también se distinguen de los medios de obra porque - suelen tener carácter inmobiliario y aunque sean mobiliarias se realizan especialmente en función de la obra a la que sirven.

IX.- LA DETERMINACION DE LOS MATERIALES.-

Existen normas administrativas (verdaderos reglamentos), que regulan la calidad o composición de ciertos materiales que suelen consti--tuir el soporte o estructura de cualquier obra de ingeniería o arquitectura. Son normas de contenido tecnológico que se imponen a las partes no por vía de pacto sino como norma imperativa que no se puede desconocer. Así, la cláusula 39 PCAG dice que los materiales utilizados en la obra - deben ajustarse a las instrucciones y normas promulgadas por la Adminis--tración que versen sobre condiciones generales y homologación de materiales, sin perjuicio de las específicas que el correspondiente pliego pue--da establecer (21).

Desde una consideración puramente contractual, la cuestión que interesa destacar es la de la determinación de los materiales que han de aportarse a la obra. Los Pliegos de prescripciones técnicas indican cómo han de elaborarse determinadas unidades de obra y cómo se integran los materiales en élla, señalando las características que han de tener para --

que puedan utilizarse y, con carácter general se exige que los materiales sean de buena calidad. Lógicamente cuando un pliego silencia el procedimiento de elaboración de una unidad de obra o qué características técnicas debe reunir un determinado material, el contratista deberá emplearlo de acuerdo con el buen arte de construir, lo cual es consecuencia del especial deber de diligencia que tiene como perito en su profesión (spondet peritiam artis). Mas, en cualquier caso, nunca se produce una especificación en sentido jurídico, porque el contratista aporta materiales -- que, ~~como~~ sin embargo, son jurídicamente cosas genéricas, esto es, cosas que se determinan por el género o tipo a que pertenecen. También pueden considerarse como cosas fungibles, aunque el concepto de fungibilidad no se distingue a veces del de cosa genérica. La fungibilidad hace referencia a la cualidad de aquellos bienes que se determinan por su peso, número o medida o, acaso con mayor exactitud, se hace alusión a la sustitutibilidad de determinados bienes o cosas en el tráfico jurídico.

La importancia de calificar los materiales como cosas genéricas estriba en la aplicación a los mismos de la regla de que el género nunca perece (genus numquam perit), de modo que el contratista no se exime de la obligación de apartarlos si se deterioran o desaparecen. En cambio, si por pacto se determina un material específico, su pérdida o deterioro, liberan al contratista de su obligación de sustituirlo.

El PCAG parte de la naturaleza de cosa genérica que tiene por principio todo material sea natural o industrial.

1. Materiales naturales.-- Respecto a ellos la cláusula 34 -- PCAG (párrafo primero) regula su procedencia como medio de determinación, y sienta como primera regla la de que el contratista tiene libertad para obtener los materiales naturales que las obras precisen de los puntos --

que tenga por conveniente, siempre que los mismos reunan las condiciones exigidas en el pliego de prescripciones técnicas del contrato. Ahora - - bien, es posible que el contrato establezca una procedencia concreta, en cuyo caso se da un supuesto de cosa de género delimitado (22), quedando obligado el contratista a usar el material así determinado (la piedra de la cantera x, por ejemplo). Mas si por motivos ajenos a él, no puede obtenerse el material, será necesario un acuerdo con la Administración sobre el material que lo sustituya. La cláusula 34, en su párrafo segundo, prevé el caso de que la Administración haya establecido una concreta procedencia de un material natural en el pliego de prescripciones técnicas (23) y, posteriormente, fuese imprescindible, a su juicio, cambiar - -- aquel origen o procedencia, en cuyo caso hay que estar a lo dispuesto en el artículo 150 RCE, es decir, debe establecerse un nuevo precio contradictoriamente; si no se logra acuerdo, el contratista quedará liberado - de la obligación de aportar el material que debe sustituir al primitivo. A nuestro juicio, idéntica regla tiene que aplicarse cuando no sea posible utilizar el material determinado por su procedencia cuando, por - -- ejemplo, exista una expropiación del terreno donde se extraiga, o si se trata de un bien privado de su legítimo dueño no autoriza, por la razón que fuera, el aprovechamiento o, en general, cuando por causas ajenas al contratista éste no pueda obtener el material del lugar de procedencia - previsto en el contrato.

Cuando se trate de materiales que proceden de terrenos del Estado o de las Corporaciones Locales, se le reconocen ciertos derechos al contratista ya referidos al estudiar las operaciones preparatorias de la obra (vid. capítulo primero, pág. 97 y ss).

2. Materiales industriales.- La determinación de éstos se realiza, según la cláusula 37 PCAG, por sus cualidades y características, -

sin poder hacer referencia a marcas, modelos o denominaciones específicas. No es posible, pues, individualizar un material de modo que constituya cosa específica, y ello porque su desaparición o menoscaba redundaría en perjuicio de la Administración al quedar liberado el contratista de su obligación de aportarlo en caso de pérdida. Además, en este tipo de materiales o productos industriales, la determinación por medio de -- una marca registrada, daría lugar a situaciones de monopolio que violarían el principio de libre concurrencia que domina en la contratación administrativa, como garantía para la obtención de prestaciones de más calidad y mejor precio como reclama el interés público. Por ello, la misma cláusula 37 PCAG considera por no puesta en el contrato la cláusula -- que individualice un producto por su marca comercial, pues dispone que -- si en los documentos contractuales figurase alguna marca de un producto industrial para distinguir éste, se entenderá que tal mención se constrñe a las cualidades y características de dicho producto, pudiendo el contratista utilizar productos de obra marca o modelo que tenga las mismas.

3. Materiales procedentes del propio emplazamiento de la obra.-

En este caso la procedencia no condiciona la determinación del material o producto que deben emplearse, pues sin perder su condición genérica lo que se le concede al contratista es el derecho a utilizar aquéllos que resultan de excavaciones, demoliciones, o talas, con la obligación, por su parte, en cuanto a los que no utilice, de acopiarlos en los puntos y forma que ordene la Dirección, si pueden ser aprovechados en cualquier otra obra del Estado y abonándole la Administración los gastos suplementarios de transporte, vigilancia y almacenamiento. En cualquier otro caso y previa autorización por escrito del Director, el contratista puede disponer libremente de estos materiales o productos (cláusula 36 PCAG).

X.- PROCEDENCIA NACIONAL DE LOS MATERIALES.-

La ejecución de obras para la Administración Pública da - - -

lugar a un ingente movimiento de medios y recursos, pues no en balde, la industria de la construcción es la que más ampliamente se relaciona con los distintos sectores económicos del país. No es de extrañar por tanto que las normas de contratación administrativas se hagan eco de aquellas otras normas con las que la Administración ha venido a ordenar y proteger, de modo global, la industria, con un mayor o menor acento intervencionista según la coyuntura económica de cada momento.

La cláusula 17 PCAG dice que "el contratista está obligado al cumplimiento de todas las disposiciones vigentes en materia de ordenación y defensa de la industria nacional". Como en otras ocasiones, el -- PCAG actúa como recordatorio de disposiciones legales de inexcusable cumplimiento para el contratista.

En lo que concierne al c.o.p. las disposiciones aludidas son las de los artículos 10 y 11 de la Ley de Ordenación y Defensa de la industria nacional de 24 de noviembre de 1.939, cuya vigencia ha recordado en distintas ocasiones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe núm. 10, de 3 de julio de 1.970), pero que creemos condenadas a una pronta derogación.

El artículo 10 de la Ley de 24 de noviembre de 1939 dice que - "en todas las obras, instalaciones, servicios y adquisiciones en general, de cualquier clase, que se realicen con fondos procedentes del Estado, - la Provincia, de los Municipios, de los Organismos y Delegaciones del Movimiento, de los Monopolios, de las Empresas concesionarias de servicios públicos o que disfruten de beneficio o protección en cualquier forma administrativa, económica o financiera, se emplearán exclusivamente artículos de fabricación española, justificada con el correspondiente certificado de productor nacional que lo otorgará el Ministerio de Industria y Comercio". Con independencia de los cambios importantes en los entes que

este precepto menciona, conviene llamar la atención sobre la referencia al empleo exclusivo de artículos nacionales. Al ser una norma, que por la fecha en que vió la luz tiene un evidente sentido intervencionista, - consideramos que debe ser interpretada restrictivamente, por lo que la - expresión "artículos" que utiliza la Ley debe entenderse equivalente a - productos fabricados, elaborados o manufacturados, susceptibles de ser - incorporados a los que técnicamente suelen denominarse obras civiles o - de edificación, o de adherirse a éllas, como sucede con los bienes de -- equipo para las instalaciones que las soportan. En cambio, no parece se pueda extender la noción "de artículos de fabricación española", a lo -- que son medios o instrumentos de los que se vale el contratista para eje- cutar las obras, pero que no se agregan ni afectan a éllas de un modo -- permanente, tal ocurre, por poner un ejemplo, con los equipos de maquina- ria de toda índole que el contratista utiliza, y en general con los lla- mados medios de obra.

Para garantizar el trato de favor dispensado a los artículos - de fabricación nacional, el artículo 11 de la Ley dice que "en todas las concesiones, contratos, pliegos de condiciones y pedidos que se formulen por las Corporaciones, Entidades, Organismos y Empresas comprendidas en el artículo anterior, se fijará, de manera expresa, la obligación de cum- plir lo preceptuado en el mismo".

Solamente en virtud de orden especial del Ministerio de Indus- tria y Energía y previo informe de los servicios técnicos correspondien- tes se pueden autorizar adquisiciones en la industria extranjera para su empleo de las obras financiadas con fondos públicos, cuando se dé alguno de los casos que indica el artículo 10 de la Ley de 1939.

12.- Imperfección del producto nacional, para finalidad deter-

minada, taxativamente declarada después de efectuar los análisis, ensayos o pruebas procedentes a petición de parte interesada.

2º.- Por reconocida urgencia que no pueda satisfacer la industria española, siempre que se demuestre por el organismo o entidad interesada en la adquisición, que no ha sido posible prever con la indispensable antelación tal necesidad, ni que puede ser sustituido el producto por otro similar de más rápida adquisición en la industria nacional.

3º.- Por no existir la producción nacional respectiva, no tolerándose que al amparo de esta excepción puedan establecer condiciones de concurso, arbitrarias, caprichosas o excesivamente determinantes que puedan excluir injustamente el producto nacional.

La observación de estos preceptos no sólo afecta al momento de proponer y celebrar el contrato, pues también durante la realización de la obra se tendrá que procurar su cumplimiento, como así lo ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (24).

XI.- CONSERVACION DE MATERIALES A PIE DE OBRA.-

Como el contratista sólo está obligado frente a la Administración a realizar la obra, se comprende fácilmente que esta última sea ajena a la suerte que puedan correr los materiales hasta el momento en que se incorporen o integren en ella. Sin embargo, existe un determinado -- período de tiempo, en el que los materiales todavía no empleados o consumidos en la obra, ofrecen un especial interés desde el punto de vista jurídico. Nos referimos al tiempo que transcurre desde que se introducen -- en el emplazamiento de la obra hasta su utilización para realizar la -- unidad o parte de obra a que están destinados. La práctica profesional -

utiliza la expresión "a pie de obra" para referirse al estado en que se encuentren los materiales ya introducidos en lugar de los trabajos pero todavía no empleados.

Como ya sabemos, el material que acopia el contratista a pie de obra puede serle abonado (artículo 143 RCE y cláusula 54 PCAG). Pero ahora nos hemos de referir al deber de conservación respecto de los materiales introducidos en obra, deber que nace por el hecho de encontrarse en esa situación fáctica, en cuanto permite a la Administración ejercer un control preventivo sobre ellos. Con esta indudable finalidad, la cláusula 40 PCAG impone al contratista el deber de instalar en la obra y por su cuenta los almacenes precisos para la conservación de los materiales, evitando su destrucción o deterioro y siguiendo, en su caso, las instrucciones que a tal efecto reciba de la Dirección.

El almacenamiento de materiales y en general el depósito de -- los mismos en el lugar de la obra, no significa que la Administración -- los haga suyos, pues el contratista sigue siendo propietario de los mismos hasta que se incorporan a la obra. El control de la Dirección sobre el estado de conservación de los materiales a pie de obra no se puede -- traducir jurídicamente por recibo o aceptación, sino simplemente por aseguramiento de que el contratista empleará materiales idóneos, sin poner en peligro la marcha normal de los trabajos ni el resultado final. Es, -- pues, evidente, que si pese a ese control de la Dirección, los materiales desaparecen o deterioran, el contratista debe reponerlos por ser bienes fungibles o sustituibles por definición.

En cambio la obligación de conservación tiene un significado -- especial cuando se trata de materiales suministrados por la Administra-- ción, pues entonces el artículo 135 RCE, considera que se constituyen en

depósito desde el momento de la entrega, siendo el contratista responsable de su custodia y conservación hasta tanto sea la obra recibida provisionalmente y sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda fijar en el pliego de cláusulas administrativas particulares las garantías que estime pertinentes. Sobre este precepto conviene hacer algunas observaciones. En primer lugar, la obligación de conservación o custodia es la propia de la situación jurídica de depósito en que se constituyen los materiales. Hablamos de situación jurídica porque no es que exista un contrato de depósito entre la Administración y el contratista, al que le serían de aplicación las correspondientes normas del CC (artículo 1766, -- principalmente). Nos encontramos más bien ante un caso de depósito necesario previsto en el artículo 1781, 1º CC, pues se hace en cumplimiento de una obligación legal. En segundo lugar, no se comprende porqué ha de perdurar la obligación de custodia hasta la recepción provisional de la obra. En buena lógica el deber de custodiar el material concluye con el empleo o incorporación a la obra, pues es cuando aquél pierde su individualidad y no cabe pensar que la obra también se constituye en depósito. Pensamos que se trata de un "lapsus" del legislador que pensaba no en -- los materiales que se emplean o consumen en la obra, sino en los medios de obra que son también muebles pero recuperables. Por última, la constitución de los materiales en depósito necesario, puede dar lugar a la responsabilidad civil e incluso a la penal si concurren los elementos constitutivos de la apropiación indebida (artículo 535 CP).

XII.- VERIFICACION CUALITATIVA, ACEPTACION Y RECUSACION DE MATERIALES.-

1. La verificación de los materiales.- Comprende todas aquellas operaciones que han de realizarse para comprobar que la identidad, calidad o idoneidad de los mismos son las establecidas en el pliego de -- prescripciones técnicas particulares. Necesariamente este pliego ha de --

especificar las características que han de reunir los materiales a emplear y, en su caso, los ensayos a que deben someterse para comprobación de las condiciones que deben cumplir (artículo 66 RCE).

La verificación es una obligación de la Administración que es consecuencia de su poder de control, pues como ya sabemos "incumbe a la Administración ejercer de manera continuada y directa, la inspección de la obra durante su ejecución" (cláusula 21 PCAG). Ese control inmediato y directo es, pues, el que le impone la obligación de verificar los materiales. En cambio, para el contratista no constituye una auténtica obligación, sino simplemente el deber de soportar la verificación que efectúa la Administración. Así hay que entender la cláusula 41 PCAG cuando dice: "el contratista sólo puede emplear los materiales en la obra -- previo examen y aceptación por la Dirección en los términos y forma que ésta señale para el correcto cumplimiento de las condiciones convenidas".

Técnicamente, la verificación consiste en ensayos, análisis, -- controles, etc., en laboratorios o en lugares de procedencia (canteras, por ejemplo), o en el examen de la documentación que acredite las circunstancias que se tienen que verificar (certificados de origen, etc.). La cláusula 38 PCAG dice que "la Dirección puede ordenar que se verifiquen los ensayos y análisis de materiales y unidades de obra que en cada caso resulten pertinentes. La misma Dirección fijará el número, forma y dimensión y demás características que deben reunir las muestras y probetas para ensayos y análisis, caso de que no exista disposición general al efecto, ni establezca tales datos".

En cuanto al tiempo en que se han de hacer todas estas opera--

ciones nada disponen las normas legales o reglamentarias, por lo que -- habrá que estar a lo que diga cada contrato en su pliego de prescripciones técnicas particulares. Ahora bien, cualquiera que sea la previsión contractual es evidente que la verificación debe efectuarse en un tiempo razonable, es decir, de modo que no afecte al desarrollo normal de los trabajos.

Por último, los gastos que se originen con las operaciones de verificación cualitativa, deben ser soportados por el contratista hasta un importe máximo del 1 por 100 del presupuesto de la obra (cláusula 38 PCAG).

2. La aceptación.— La verificación de los materiales concluye en un juicio de aceptación o recusación. La aceptación no tiene el mismo valor jurídico que el acto correlativo de la entrega de una cosa como -- ocurre, por ejemplo, en la compraventa; y ello por la sencilla razón de que los materiales no son objeto del c.o.p. La aceptación no es más que consecuencia del control preventivo que ejerce la Administración sobre -- los materiales que se van a emplear en la obra, en interés de ella y, en cierto modo, en interés del contratista dada la convergencia de fines -- que deben mover la actividad de uno y otro (25). Por lo mismo esta aceptación no atenúa, ni mucho menos hace desaparecer, la responsabilidad -- del contratista. La cláusula 41, párrafo último PCAG, empleando impropia^{mente} la expresión recepción de materiales (hubiera sido mejor hablar de admisión) dice que "en todo caso, la recepción de materiales por la Dirección no exime al contratista de su responsabilidad de cumplimiento de las características exigidas para los mismos en el correspondiente pliego de prescripciones técnicas particulares". De todos modos, esta responsabilidad es exigible, con esta finalidad preventiva, si la aceptación se produce antes de la puesta en obra de los materiales, pues si éstos --

se incorporan definitivamente, sólo podrá exigirse la responsabilidad -- cuando en la obra aparezcan vicios como consecuencia de materiales indebidamente empleados.

El juicio de aceptación tiene que fundarse en el pliego de -- prescripciones técnicas, de forma que sólo podrán admitirse materiales -- del tipo o calidad previstos. Por consiguiente, la Dirección no puede -- aceptar un cambio de materiales; sólomente podrá admitir un cambio si lo autoriza expresamente el pliego, lo cual obligará a observar las normas de modificación del proyecto y a compensar económicamente al contratista si supone mayor coste y, en todo caso, deberá acordarse tempestivamente, es decir, antes de que la unidad de obra a la que se han de incorporar -- los materiales quede terminada.

3. La recusación.-- Si la Dirección recusa determinados materiales, el contratista no deberá emplearlo y tendrá que sacarlos del emplazamiento de la obra. Sobre lo primero nada dice el PCAG, pero es una consecuencia lógica de la sumisión del contratista a las decisiones de la -- Dirección. En cambio, la cláusula 42 PCAG sí contempla la retirada de materiales inútiles entre los que debemos incluir los que hayan sido objeto de una expresa recusación de la Dirección. Según esta cláusula, "a medida que se realicen los trabajos, el contratista debe proceder, por su cuenta, a la policía de la obra y a la retirada de los materiales acopiados, que ya no tengan empleo en la misma".

La sustitución de los materiales rechazados por la Dirección -- por otros idóneos debe hacerse a costa del contratista sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra sus proveedores.

Como quiera que la recusación es siempre una medida grave para el contratista, es comprensible que se le conceda el derecho a reclamar

contra la decisión de la Dirección de la obra. La cláusula 41 PCAG (párrafo 2º) obliga a la Dirección a que comunique por escrito al contratista las causas que motivaron su decisión de no aceptar los materiales. El contratista puede reclamar ante la Administración en el plazo de diez días contados a partir de la notificación. Ahora bien, la reclamación puede que no tenga efectos suspensivos de la decisión de la Dirección, si las circunstancias o el estado de los trabajos no permitieren esperar la resolución por la Administración de la reclamación deducida, en cuyo caso -dice el párrafo 3º de la cláusula 41 PCAG- la Dirección podrá imponer al contratista el empleo de los materiales que juzgue oportunos asistiendo a éste el derecho a una indemnización de los perjuicios experimentados si la resolución superior le fuese favorable.

XIII.- RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA POR LOS DEFECTOS DE LA OBRA EN -- CURSO.-

Como tantas veces se ha dicho, el contratista es deudor de una obligación de resultado final, por lo que los resultados parciales que se van obteniendo mientras que la obra progresa, no le eximen de su responsabilidad. El contrato administrativo de obra no es "por piezas o por medidas", modalidad que, en cambio, admite el artículo 1592 CC para el arrendamiento de obra. Mas como ya hemos también advertido, la Administración no es ajena totalmente al modo en que el contratista desarrolla su actividad, por lo que éste es responsable durante la ejecución de la obra si contraviniendo el contrato o las órdenes o instrucciones de la Dirección, da lugar a que se produzcan defectos en la obra que, por tanto, habrán de corregirse sin esperar a que aquélla termine. Los artículos 44 LCE y 130, párrafo 2º RCE dicen que "durante el desarrollo de las obras y hasta que tenga lugar la recepción definitiva, el contratista es responsable de las faltas que en la construcción puedan advertirse". - -

Igualmente la cláusula 43 del PCAG insiste en esta responsabilidad del - contratista durante el curso de la obra, añadiendo que no es eximente ni le da derecho alguno la circunstancia de que los representantes de la Administración hayan examinado o reconocido, durante su construcción, las partes y unidades de obra o los materiales empleados, ni que hayan sido incluidos éstos o aquéllas en las mediciones y certificaciones parciales.

El examen o inspección que compete a la Dirección de la obra - tiene una exclusiva finalidad preventiva, por lo que en modo alguno pue de confundirse con el examen o reconocimiento que ha de realizar una vez que la obra ha concluído para proceder a su recepción. El alcance técnico de la función preventiva de la Dirección de la obra es similar, en este sentido, al que hemos visto respecto de los materiales.

Ahora bien, no puede exigirse responsabilidad al contratista - si los defectos o vicios aparecidos durante el desarrollo de las obras - no le pueden ser imputados. Como dice el párrafo último del artículo 43 del PCAG "el contratista quedará exento de responsabilidad cuando la - - obra defectuosa o mal ejecutada sea consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de vicios del proyecto, salvo que éste haya sido presentado por el contratista al concurso correspondiente en - la forma establecida por el artículo 35 de la Ley de Contratos del Esta- do". De esta manera, queda reducida la responsabilidad del contratista a sus propios términos, esto es, a la que deriva de la ejecución de la - - obra, excluyéndose la responsabilidad por vicio del proyecto o de la di- rección, que sólo incumbe a la Administración.

La responsabilidad del contratista se hace efectiva mediante - la orden de demolición y reconstrucción de la obra defectuosa que deberá dar la Dirección. De acuerdo con la cláusula 44 del PCAG podemos distin-

guir dos supuestos:

A) Que se advierta vicio o defecto de construcción que son patentes, en cuyo caso la Dirección puede ordenar durante el curso de la ejecución y siempre antes de la recepción definitiva, la demolición y re construcción de las unidades de obra viciosas y defectuosas. Estas operaciones son de cuenta del contratista, teniendo éste derecho a reclamar ante la Administración contratante en el plazo de diez días, contados a partir de la notificación escrita de la Dirección. Por consiguiente, la orden de demolición y reconstrucción es ejecutiva, y el contratista solamente puede reclamar en cuanto los gastos que se le produzcan si entiende que no había motivos para demoler y reconstruir.

B) Que la Dirección de la obra tenga razones fundadas para - - crear que existen vicios o defectos ocultos en la obra ejecutada. En tal caso, si la Dirección ordena la demolición y reconstrucción, los gastos incumben al contratista si resulta comprobada la existencia real de los vicios o defectos y, en caso contrario, correrán de cargo de la Administración. Debemos añadir que, en este último caso el contratista no sólo tendrá derecho al abono de la obra indebidamente demolida y de la nueva, pues también deberá ser resarcido de los gastos producidos por los trabajos indebidamente ordenados y además podrá pedir a la Administración que le indemnice de otros perjuicios si la orden de la Dirección que resultó errónea ha tenido una repercusión en otras unidades o se ha alterado sensiblemente el ritmo normal de la obra con la consiguiente modificación - de las previsiones contenidas en el programa de trabajo.

La cláusula 44 del PCAG nos ofrece, por último, una solución - para aquellos casos en que existiendo una obra defectuosa la Administra- ción acuerda, sin embargo, admitirla. Según la citada cláusula "si la --

Dirección estima que las unidades de obra defectuosas y que no cumplen - estrictamente las condiciones del contrato son, sin embargo, admisibles, puede proponer a la Administración contratante la aceptación de las mismas, con la consiguiente rebaja de los precios. El contratista queda - - obligado a aceptar los precios rebajados fijados por la Administración, a no ser que prefiera demoler y reconstruir las unidades defectuosas por su cuenta y con arreglo a las condiciones del contrato". Solución, en -- principio, justa siempre que la Administración haga una propuesta de pre cio siguiendo un criterio de proporcionalidad y ponderación, pues puede suceder que aquélla ofrezca un precio exageradamente reducido, lo cual - equivaldría a una orden de demolición, haciéndose ilusoria la opción que contiene la cláusula que comentamos. No obstante, aunque es discrecional la facultad que se le atribuye a la Administración, el contratista no -- queda totalmente inerte dada la posibilidad que siempre tiene de recla-- mar ante aquélla.

N O T A S

- (1) LAUBADERE, R. Ob. cit. Tomo II, p. 103.
- (2) RUBINO, D. "L'appalto" en Trattato di Diritto Civile Italiano. Vol. VII, Tomo III. Ed. 1980, p. 263.
- (3) LLORENS, F. Ob. Cit. p. 333.
- (4) Cfr. ob. cit. p. 433.
- (5) Cfr. ob. cit. p. 108.
- (6) Cfr. ob. cit. p. 109.
- (7) Cfr. Ob. cit. p. 107.
- (8) Artículo 339 de la Ley de Obras Públicas de 20 de marzo de 1865.
- (9) Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo", p. 652.
- (10) Crf. CIANFLONE, A. Ob. cit. p. 438.
- (11) En el Derecho francés, la Ley de 31 de diciembre de 1975 introdujo el pago directo por la Administración como medida esencial de protección al subcontratista. Anteriormente el CMP preveía este pago pero con carácter facultativo y previa petición del interesado. A partir de esa ley el pago directo es obligatorio si el precio del subcontrato es al menos igual a 4000 francos y la Ley prevé que este límite puede superarse por decreto del Consejo de Estado en atención de las circunstancias económicas. Como condición para el pago directo el artículo 5 de la Ley de 1973 obliga al contratista a indicar a la Administración, antes de la adjudicación, la clase y cuantía de cada una de las prestaciones que se propone subcontratar. (Vid. VILLARD, BACHELOT y ROMERO, Ob. cit. pp. 34 y 394).
- (12) DIEZ-PICAZO. Ob. cit. p. 827.
- (13) DIEZ PICAZO. Ob. cit. p. 828.
- (14) Cfr. ob. cit. p. 166.
- (15).Vid. Decreto de 11 marzo 1971.
- (16) La STS de 19 febrero 1975 dice que "la Memoria forma parte integrante del Proyecto y está llamada a considerar las necesidades a satisfacer y los factores de todo orden a tener en cuenta -artículo 22 del Texto Articulado- es más, supone la superior ordenación de la misma que después se desarrolla en unos elementos del Proyecto con los planos de conjunto y detalle, o pliegos de

prescripciones técnicas particulares, presupuesto con expresión de precios, mediciones, cubicaciones, programa de desarrollo de trabajo y documentos accesorios; de ahí que aprobado debidamente el Proyecto, a él se ajustará la obra en toda su extensión".

(17) El Consejo de Estado considera que el contrato de elaboración de proyecto y ejecución de obra es un contrato mixto de arrendamiento de servicios en su primera fase y de ejecución de obra en la segunda. El Dictamen de 16 de mayo de 1974 (Exp. núm. 39. 998) dice a este respecto lo siguiente: "... En efecto, tanto los recurrentes como el Servicio -- Central de Recursos y la Asesoría Jurídica del Ministerio de Obras Públicas parten del supuesto de que un único concurso -- como el celebrado en esta ocasión -- conlleva implícitamente la noción de un único contrato, olvidando que este concurso se convocó con un doble objeto; elaborar, -- primera, un proyecto y ejecutar, posteriormente, unas obras. Se está, -- por lo tanto, ante un iter negocial complejo de formación sucesiva que se desarrolla a través de dos fases o etapas. Aunque la relación jurídica "inter-partes" posea una clara unidad funcional, no puede olvidarse -- que la vinculación existente entre las mismas se produce en una y otra -- etapa con diferente alcance y con diferente contenido. En efecto, durante la primera fase (elaboración de un proyecto) se está ante un supuesto claro de mero arrendamiento de servicios que sólo en la segunda (ejecución de las obras) se transformará en un arrendamiento de obra. Dice el artículo 1544 del Código Civil, utilizando una fórmula alternativa, que "en el arrendamiento de obra o servicios una de las partes se obliga a -- ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto". Ahora bien, nada impide que ambos contratos se acumulen y que se establezca un arrendamiento doble de "servicios y de obras", en el que, estando íntimamente ligados ambos contratos, se pueda distinguir claramente entre los mismos, no sólo en lo que a su desarrollo a lo largo del tiempo se refiere, sino también en cuanto a la elaboración, contenido, desarrollo y efectos de cada una de ellos ...".

(18) Vid. RUBINO. Ob. cit. p. 272.

(19) Vid. CIANFLONE Ob. cit. p. 458.

(20) Vid CIANFLONE. Ob. cit. p. 47 y RUBINO Ob. cit. p. 233.

(21) Con los nombres de Pliego de prescripciones técnicas generales, normas tecnológicas, normas básicas, normas Une, etc., existen verdaderos reglamentos que regulan las condiciones técnicas que han de reunir determinados materiales básicos de la construcción.

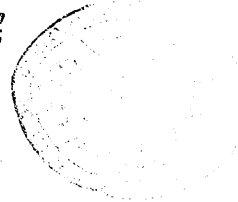
(22) La idea de la obligación delimitada --escribe DIEZ-PICAZO-- adquiere en cambio un sentido diverso cuando la delimitación del género se --

produce a través del origen o de la fuente de producción de las cosas. Que esta delimitación las partes puedan llevarla a cabo de una manera expresa es una cosa que no se pone en tela de juicio, la cuestión radica en dilucidar si, a falta de una expresa declaración de voluntad de las partes, esta delimitación debe entenderse implícitamente establecida. Por ejemplo: si un fabricante de cemento se obliga a suministrar una tonelada, ¿está o no implícito en el pacto que el cemento objeto de contratación es el producido por tal fabricante?. La cuestión tiene una enorme importancia práctica en relación con el riesgo de pérdida de la cosa y con la imposibilidad sobrevenida de la prestación, pues si la delimitación implícita se ha producido basta con que la imposibilidad se refiera a la fuente productiva, mientras que si tal delimitación no existe, la imposibilidad no existirá tampoco: el fabricante obligado, aunque se encuentre en la imposibilidad de fabricar, siempre podrá adquirir en el mercado la tonelada de cemento para entregarla al acreedor". Ob. cit. p. 489.

(23) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado la procedencia de señalar precio contradictorio, cuando cambia la procedencia de un determinado material, la cual venía indicada en la memoria del proyecto (sentencia de 30 de octubre de 1964).

(24) "Por el contrario, en la etapa de ejecución de las obras, el órgano de contratación y, en particular, los Servicios de dirección y vigilancia tienen el deber de cuidar que la legislación protectora se cumpla, conforme ordena el artículo 12 de la tan citada Ley de 1939, denunciando en su caso, las infracciones en que pueda incurrir el contratista a efectos sancionadores" (Informe de 3 de julio de 1970).

(25) Cfr. CIANFLONE Ob. cit. p. 459.



CAPITULO CUARTO
=====

EL RIESGO DE EJECUCION DE LA OBRA

I.- EL PRINCIPIO DEL RIESGO Y VENTURA.-

Paradójicamente, el c.o.p., que no es un contrato aleatorio, - está sin embargo envuelto en su ejecución por un clima de riesgos que -- amenazan la actividad del contratista y, por tanto, su resultado final. Como dice ARIÑO ORTIZ "es sabido que los contratos administrativos (obras servicios y suministros) llevan consigo, ordinariamente, muchos riesgos. Constituyen, por lo común, acuerdos de larga duración y gran volumen económico, cuya ejecución requiere coordinación de muy variados elementos y lo que podríamos llamar una compleja morfología empresarial. Pensemos, - por ejemplo, en las obras públicas: la naturaleza y volumen de las mismas (puertos, carreteras, grandes presas), la complejidad técnica de su realización y su duración, larga en muchos casos, hace que se den, con - frecuencia, cambios importantes entre el momento de contratar y el momento de realizarlas ..." (1). Este mismo autor esquematiza los riesgos - del contratista a base de distinguir un triple áleas: el áleas administrativo, pues la Administración puede modificar el contenido del contrato - mediante una acción unilateral, que puede revestir la forma de normas o actos no contractuales (factum principis) o concretarse en actos contractuales (potestas variandi); el áleas empresarial o riesgos comerciales - internos del negocio que maneja el contratista (errores de cálculo, destrucciones en las obras, mayor dificultad de ejecución que la prevista; y el áleas económico coyuntural, a riesgo comercial externo, que hace -- más onerosa para el contratista la realización de la obra (aumento de salarios, de precios de materiales, etc.) (2).

Pues bien, lo que hay que dilucidar ahora es si el contratista tiene que soportar la mayor onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de su prestación, producida por alguno de los riesgos que de continuo acechan y en caso afirmativo cuál es el fundamento o explicación de que esto sea así.

La respuesta más inmediata y simple a estas cuestiones se obtiene de la que podemos llamar formulación legal del principio del riesgo y ventura. Los artículos 46 LCE y 132 RCE dicen que "la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista", y de manera a náloga el artículo 57 RCCL dice que "los contratos se entenderán siempre convenidos a riesgo y ventura para el contratista". Según esto, porque legalmente está así establecido, el contratista ha de soportar los riesgos que incidan en la ejecución de la obra, aunque la hagan más onerosa, y suyo es el beneficio cuando el resultado que la misma ejecución de la obra le reporta es ventajoso (ventura) (3).

Sin embargo, no podemos quedarnos en esa simple formulación le gal del principio del riesgo y ventura, pues sólo puede comprenderse con exactitud, viendo como cristalizó en el derecho histórico y como hoy se puede explicar desde el punto de vista dogmático.

1. La formación histórica del principio del riesgo y ventura.-
Históricamente el c.o.p. se ha caracterizado porque en él se podía apreciar un "rigor iuris" en la aplicación del principio del riesgo y ventura, que no se daba en la contratación civil. Tal rigor en la aplicación del principio se ponía sobre todo de manifiesto en el régimen de la fuerza mayor, ya que el contratista debía soportar sus consecuencias ("proaestando casus"), salvo casos excepcionales que se tasaban (artículo 43 del Pliego de 1903).

Ahora bien, esta rigidez en la aplicación del principio no respondía a una singularidad derivada de la naturaleza del c.o.p., sino a razones presupuestarias o financieras. La investigación histórica ha demostrado (4) que el contrato de arrendamiento de obra (locatio conduc-tio operis) regulado en el Derecho Romano, no hacía pesar indiscriminada-mente sobre una de las partes, los riesgos de la ejecución, particular-mente la ruina, por fuerza mayor. Los riesgos recaen sobre el contratista en base a una existencia de culpa, aunque apreciada con rigor por exigirse la diligencia propia del oficio (spondet peritiam artis). Nuestras leyes de Partidas también acogieron el sistema romano sobre asunción de riesgos mantenido en el Derecho posterior, hasta que el C.C. (artículos 1589 y 1590), introduce un cambio radical, pues como veremos más adelante, el riesgo de pérdida o destrucción de la obra hasta el momento de la entrega, se pone a cargo del contratista salvo que hubiera morosidad en recibirla.

En cambio la evolución histórica de los contratos del Fisco -- (llamados después contratos administrativos), pone de manifiesto que para reforzar la seguridad y certidumbre de los gastos públicos se trasladó a la contratación de las obras la misma rigidez con que se aplicaba - el principio en los contratos generadores de ingresos para la Hacienda - Pública , como eran las ventas forzosas, los arrendamientos de rentas y arbitrios y, especialmente, las ventas de bienes nacionales que se producen en el siglo pasado a consecuencia de la legislación desvinculadora y desamortizadora (5).

El principio del riesgo y ventura llega de este modo a mitifi-arse (6) con una inercia que determinará una concepción simplista en la doctrina y una vacilante, y por otra parte cómoda, jurisprudencia - - (7). Esto tendrá todavía reflejo en nuestros días, pues para la Admi--

nistración el principio en cuestión será muchas veces un fácil recurso - para rechazar reclamaciones que aunque no ofrezcan una clara fundamentación normativa, tienen sin embargo a su favor razones de justicia material.

En conclusión, hoy se puede afirmar que el principio del riesgo y ventura hay que explicarlo en razón a la naturaleza del c.o.p., - - pues lo único que en otro tiempo fue característico de él dentro de la contratación administrativa y en particular del c.o.p. (su rigurosa aplicación) se debió a razones presupuestarias de la Hacienda Pública y no, por tanto, a la lógica institucional del contrato.

2. La formulación dogmática del principio del riesgo y ventura.

Nos tiene que parecer obvio que si históricamente el principio del riesgo y ventura fue objeto de una aplicación rigurosa y exorbitante de la propia y genuina del Derecho Civil, fue porque dicho principio ya tenía plena virtualidad en el c.o.p. al derivar o ser consecuencia de su propia naturaleza. Y ha sido GARCIA ENTERRIA quien ha sabido desmitificar el principio del riesgo y ventura, en un conocido artículo en el que se dice que "la tesis es que el principio de 'riesgo y ventura' que blasona el contrato administrativo, no es sino la enunciación de un principio superior, por lo demás común: la inmutabilidad del contractus lex" (8).

El sinalagma o correlación de las obligaciones nacidas del - - c.o.p. explica de por sí que el contratista debe realizar la obra a riesgo y ventura. Como dice GARCIA ENTERRIA (9) "sinalagmáticamente se han relacionado las dos prestaciones en la forma en que éstas se han determinado; el precio no se debe, por tanto, sino contra la entrega de la obra acabada (y siendo ésta indivisible en la integridad como se ha definido no es posible concebir un cumplimiento parcial sin una novación que así

lo estipulase); a la vez, todo lo que no esté en el hecho de esa entrega, aunque en el plan particular del contratista haya de conducir a ella, al caer fuera de la determinación no tiene efecto de reciprocidad sobre la prestación debida por el dueño (locator, dominus operis) y ésta es, por lo demás, inmutable por la ley del contrato".

Además, el mismo autor ha situado la aplicación del principio en el campo que le es propio: los riesgos sobrevenidos por daños o destrucciones (fuerza mayor) o por mayor onerosidad en la realización de la obra (riesgo imprevisible). En cambio, queda incólume la doctrina civil de la fuerza mayor en el plano del cumplimiento del contrato.

El principio del riesgo y ventura enuncia, pues, algo tan sencillo como esto: que el contratista debe cumplir el contrato en sus propios términos sin que pueda involucrar a la Administración en los aciertos o desaciertos de su actividad. Puede decirse que queda extramuros -- del c.o.p. el álea del contratista consistente en que la relación coste resultado le sea beneficiosa o perjudicial. Este factor de riesgo o ventura no se incorpora al contrato por quedar al margen del consentimiento de las partes, pues de no ser así el c.o.p. sería un contrato aleatorio. Por ello, no es correcta alguna decisión jurisprudencial como la sentencia de 29 de marzo de 1973 al decir que "en nuestro Ordenamiento jurídico positivo, el contrato de obras públicas, tiene, en principio, por naturaleza, un evidente elemento aleatorio, que se expresa en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado". El principio del riesgo y ventura no se explica en función de elementos aleatorios, que en modo alguno son considerados como materia de consentimiento, sino porque es característico del c.o.p. que el contratista promete un resultado, la obra completa y terminada, sin que incidan en la relación contractual los avatares de la actividad que tiene que realizarse.

La doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han situado la aplicación del principio del riesgo y ventura en sus propios límites, excluyendo interpretaciones maximalistas del mismo. La STS de 21 de junio de 1976 se pronuncia en contra de una interpretación del principio en términos absolutos, y así dice:

"El principio de riesgo y ventura establecido para la contratación administrativa con carácter general por el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado no puede interpretarse de un modo tan absoluto que la Administración no esté obligada, en ningún supuesto distinto a los de fuerza mayor enumerados en dicho precepto legal a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento o el retraso culposos de sus obligaciones, pues tal principio tiene unos límites y significa que la mayor o menor onerosidad sobre la prevista en el incumplimiento de la respectiva prestación origina a cada una de las partes, no autoriza a desligarse del contrato ni a pretender una modificación correlativa de la prestación de la otra parte contratante, pues tal principio se refiere siempre al reparto de riesgos en situaciones en las que cada parte cumple las cláusulas contractuales, pero no es de aplicar cuando la alteración de la onerosidad contractual ha sido provocada por una conducta de la otra parte contratante que contravenga de alguna manera el tenor del contrato".

En términos análogos se expresa la STS de 18 de octubre de 1979, al decir:

"Que tampoco obsta a la responsabilidad de la Administración, la concepción de que la contratación se lleva a efecto con la aceptación implícita del principio de 'riesgo y ventura' por parte del contratista, pues no puede ser objeto de una interpretación tan arbitraria que excluya toda idea de responsabilizar a la Administración en ningún caso, ni en supuestos distintos a los de fuerza mayor previstos por el art. 42 del Pliego de Condiciones Generales para la contratación de Obras Públicas, y, concretamente, la obligación de indemnizar daños y perjuicios, cuando sean causados por incumplimiento o retraso culposos de sus obligaciones, existe, ya que tal principio, como reiteradamente se ha declarado por resoluciones de esta --

Sala, tiene determinados límites en cuanto que debe existir - una reciprocidad en las pretensiones de tal forma que dentro de la normativa específica de la contratación de obras públicas debe concurrir una ponderada objetividad ..."

Por su parte el Consejo de Estado también ha propugnado el - - correcto entendimiento del principio del riesgo y ventura. Merece destacarse entre sus Dictámenes, el de 11 de diciembre de 1969 (Exp. 36.402), en el que se dice lo siguiente:

"Hay que cuidarse de no confundir entre el riesgo o álea que - corre el contratista de que sus previsiones financieras no se correspondan con el resultado final del contrato por incidencias acaecidas en el curso de su ejecución (tales como pérdidas, averías, perjuicios, etc.) y el caso, enteramente distinto, de que aparezcan nuevos elementos de hecho extraños al -- contrato que afecten a la relación contractual y alteren su - curso (por ejemplo, modificaciones del proyecto, paralización de los obras o ejecución de obras no previstas). En el primer caso, es común acudir al principio general del riesgo y ventura para obligar al contratista al cumplimiento íntegro de su prestación, sin otra compensación que el precio pactado. En - el segundo, muy al contrario, el riesgo no pesa sobre el contratista a todo evento y el ordenamiento regula con detalle - supuestos de rescisión, indemnización o exoneración de responsabilidad que, sin merma del interés público, restablecen el equilibrio del contrato y permiten al contratista opciones financieras en su interés".

II.- LA FUERZA MAYOR.-

Riesgo y ventura y fuerza mayor aparecen unidos en los artículos 44 LCE, 132 RCE y 57 RCCL, como si fueran la enunciación de una regla y su única excepción. Sin embargo esto es un error que, como acabamos de ver, obedece a una inercia histórica. Los casos de fuerza mayor que esos preceptos enumeran no agotan las excepciones al riesgo y ventura del contratista, pues la mayor dificultad sobrevenida en la ejecución de la - -

obra, el pacto de revisión de precios e incluso la misma conducta de las partes, son o pueden ser otras tantas excepciones al principio del riesgo y ventura que por tanto hay que referir tanto al "periculum rei" (daños a las obras) como al "periculum obligationis" (mayor onerosidad de la prestación).

Al ocuparnos ahora del riesgo de un daño a la obra en ejecución por un caso o evento de fuerza mayor, debemos empezar por señalar que en el c.o.p. se produce una inversión de la regulación civil del "casus". Como el contratista promete el resultado de su actividad (la obra completa y terminada), él debe soportar los riesgos que amenazan la ruina o destrucción de la obra; así se establece para el contrato de arrendamiento de obra regulado en el CC: "si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese morosidad en recibirla"; y "el que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño". (Artículos 1589 y 1590 CC).

En cambio, los artículos 44 LCE y 132 RCE establecen una derogación al sistema civil de asunción de riesgo, pues la Administración tiene la obligación de indemnizar al contratista las pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras por algunos de los casos de fuerza mayor que dicho precepto enumera. La justificación de este trato de favor del contratista en determinados supuestos de fuerza mayor la encuentra GARCIA-ENTERRIA en dos órdenes de consideraciones (10). En primer lugar, por la necesidad de corregir la situación de injusticia a las que

puede llevar una rigurosa aplicación del principio del riesgo y ventura. Como dice el propio GARCIA ENTERRIA "entre la deducción lógica (derivada de la coherencia lógico-dogmática de la teoría de los riesgos en el -- arrendamiento de obra) y la exigencia de la justicia si el conflicto llega efectivamente a plantearse, el Derecho que no es un artificio dogmático, sino una disciplina social, deberá inclinarse a favor del segundo -- término". En segundo lugar, la benignidad en la aplicación del principio del riesgo y ventura se puede encontrar no ya en una pura razón de justicia sino de conveniencia, pero no de cualquier conveniencia, pues se trata de salvaguardar la eficacia del servicio público. A este respecto dice GARCIA ENTERRIA:

"En efecto, el argumento concreto parte de considerar el elevado volumen económico que con frecuencia implican los contra--tos de obras públicas; si los riesgos de destrucción fortuita de lo ya construido fuesen a cargo del contratista hasta el -- momento de la 'operis probatio' (recepción definitiva) se le afectaría una responsabilidad potencial de una importancia extraordinaria que en muchos casos excedería con facilidad de -- la totalidad de su patrimonio; a la vez, las probabilidades de un siniestro aumentan a través de los largos plazos de ejecución que se prevén en la hipótesis normal de obras públicas -- importantes. El razonamiento no aboca ahora a proponer una liberación del contratista de tan grave carga por algún motivo de equidad, sino que trata de valorar nudamente las consecuencias prácticas que, no para el contratista, sino para la Administración, podría implicar una contratación sobre tal base. Y las consecuencias serían, alternativamente: o una defección de la oferta en las licitaciones, que quedarían en su mayoría desiertas (al menos en ciertas épocas --guerras, agitaciones -- sociales--, o en las obras sobre ciertos terrenos más afectados por los riesgos de terremoto o movimientos) o, más razonablemente, la necesaria repercusión sobre las cifras ofrecidas -- por los contratistas de la prima de seguro que cubriese tales riesgos. Ambas dos soluciones serían perjudiciales para el -- servicio público. La primera, es obvio. La segunda, resulta -- según una simple valoración económica, pues la prima de seguro, tanto sea expresa por una póliza pactada especialmente -- por un tercer asegurador, como si, sin esta póliza, represen-

te simplemente el precio en que el contratista evalúa la asun
ción de los propios riesgos, será notoriamente más oneroso a
la Administración abonarla a través del precio de todos sus -
múltiples contratos que responder ella misma de los riesgos -
cuya cobertura busca el contratista. Es decir, que cuando la
Administración acepta responder ella misma de ciertos riesgos
libera al contratista de la necesidad de asegurarlos y, por -
tanto, descarga las cifras de licitación de una partida impor-
tante; lo que decimos es que este ahorro conseguido en los --
precios de las obras remunera sobradamente la carga económica
que la Administración asume por el hecho de aceptar los ries-
gos; y este es un argumento que no es válido para el supuesto
normal contemplado por el Derecho civil de contratos aislados,
sino que vale sólo, quizás, en el orden administrativo donde
el elevado volumen económico de una contratación constante --
permite efectivamente al dominus obtener el beneficio de su -
autoseguro según la ley actuarial de los grandes números" - -
(11).

1. El elenco de casos de fuerza mayor.- Los artículos 46 LCE y
132 RCE no tienen por finalidad dar un concepto de la fuerza mayor ni --
tampoco regularla en toda su incidencia dentro del contrato.

Por lo que se refiere a lo primero, el concepto de fuerza mayor
hay que buscarlo en el Derecho Civil. El artículo 1105 CC dice que "fuera
de los casos expresamente mencionados en la Ley, y de los que así lo de-
clare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubie--
ran podido preverse o que previstos fueran inevitables". Dejando a un la-
do la polémica de si este precepto distingue o no la fuerza mayor del ca-
so fortuito, interesa poner de relieve que la jurisprudencia contencioso
administrativa considera como caso de fuerza mayor el acaecimiento que -
fatalmente se debe a fuerzas externas o que están fuera del círculo de -
actuación del obligado, que no hubieran podido preverse o que previstas
fueran inevitables (sentencias de 16 de noviembre de 1974, de 15 de fe--
brero de 1968 y de 11 de diciembre de 1974), mientras que el caso fortui-
to es el evento dañoso e imprevisible producido dentro del ámbito inter-
no o esfera de actuación propia del sujeto responsable (sentencia de 9

de mayo de 1978). Por consiguiente, el concepto de fuerza mayor manejado en los artículos 46 LCE y 132 RCE hay que referirlo a la noción estricta que se acaba de señalar, de tal modo que la Administración no indemnizará al contratista por los daños que tengan su origen en los riesgos que él mismo crea con su actividad empresarial, es decir, los riesgos del caso fortuito.

Pero además, la fuerza mayor no sólo puede constituir un acontecimiento que cause un daño en la obra, pues también puede conducir a una imposibilidad de cumplir el contrato o, a un simple retardo. El Dictamen del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1965 alude al juego de la fuerza mayor en el sentido que acabamos de indicar, señalando lo siguiente:

"La moderna doctrina ha ampliado considerablemente la aplicación del concepto de fuerza mayor en la contratación administrativa distinguiendo entre el supuesto estricto de fuerza mayor como causa determinante de una indemnización a favor del contratista (artículo 42 del Pliego de Condiciones Generales de 1903 y artículo 108 del Reglamento de Contratación de -- obras y servicios de la Marina) y el más amplio de fuerza mayor como causa justificante de incumplimiento del contrato -- por parte del contratista, resultando procedente, para este -- segundo supuesto, la aplicación de la doctrina general (es de cir, civilista) de la fuerza mayor. Resulta evidente que el -- contratista invoca en este caso la fuerza mayor en su aceptación amplia, esto es, como causa que permite dejar de cumplir el contrato, sin pretender alegar ninguno de los casos concretos que, según la legislación administrativa, le darían derecho a una indemnización".

Mas de este aspecto que presenta la fuerza mayor en la realización de la obra nos ocuparemos especialmente en el capítulo VI al estudiar la mora del contratista, ya que lo que ahora debe ocupar nuestra atención es el estudio de los artículos 44 LCE y 132 RCE, cuya exclusiva finalidad es establecer un elenco de casos de fuerza mayor en los que la Admi-

nistración se obliga a indemnizar al contratista las pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras. Estos casos son los siguientes:

- "1. Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
2. Los daños causados por los terremotos y maremotos.
3. Los que provengan de los movimientos del terreno en que es tén construídas las obras o que directamente las afecten.
4. Los destrozos ocasionados violentamente a mano armada, en tiempo de guerra, sediciones populares o robos tumultuosos.
5. Inundaciones catastróficas producidas como consecuencia del desbordamiento de ríos o arroyos, siempre que los daños no se hayan producido por la fragilidad de las defensas que -- hubiera debido construir el contratista en cumplimiento -- del contrato.
6. Cualquier otro de efectos análogos a los anteriores, previo acuerdo del Consejo de Ministros."

Al examinar estos casos tipificados como de fuerza mayor, surgen inevitablemente algunas críticas. La primera es que los artículos -- 46 LCE y 132 RCE confunden las causas con los efectos, pues no son, por ejemplo, los daños causados por los terremotos o los destrozos violentos en tiempos de guerra, los que constituyen casos de fuerza mayor; el acae cimiento que merece este calificativo es el terremoto o la guerra. Verda deramente lo que enumeran estos artículos son los riesgos indemnizables por la Administración materializados en unos daños cuya causa es la fuerza mayor como acontecimiento o suceso inevitable e imprevisible (artículo 1105 CC).

En segundo término, el sistema de lista o enumeración de casos de fuerza mayor acogido en los artículos 46 LCE y 132 RCE se contradice en su apartado 6, al admitir la posibilidad de un "numerus apertus" de

casos de fuerza mayor, aunque sea necesario el acuerdo del Consejo de Ministros, lo cual, por otra parte, nos parece excesivo, pues si este alto órgano de la Administración se tiene que limitar a decidir de acuerdo -- con los informes técnicos que le proporcione el órgano contratante (De--partamento Ministerial) a éste se le debería haber reconocido competen--cia para declarar, por analogía, que un determinado acontecimiento debe considerarse como caso de fuerza mayor.

Por último, también son criticables los artículos que comenta--mos por establecer como criterio de analogía para la admisión de otros -- casos de fuerza mayor, los efectos del acontecimiento en lugar de aten--der a su naturaleza, determinada ésta por la concurrencia de los requisiitos de la imprevisibilidad, irresistibilidad o independencia del círculo propio de la actividad del contratista. La analogía de efectos lleva a -- comparaciones cuantitativas, generalmente económicas, de muy difícil -- gpreciación que impiden conocer con rigor dónde se encuentra el límite -- o frontera entre el caso de fuerza mayor y el que no lo es. Dando por su puesto el concepto de fuerza mayor y eludiendo la enumeración de casos -- concretos, el Derecho comparado nos ofrece en este punto soluciones más correctas, como sucede en el Derecho francés y en el Derecho italiano. -- El artículo 18, punto 3 del CCAG establece lo siguiente:

"En cas de pertes, avaries ou dommages provoqués sur ses chan--tiers par un phénomène naturel qui n'était pas normalment previsible, ou en cas de force majeure, l'entrepreneur peut être indemnisé pour le prejudice subi, sous reserve:

- qu'il ait pris, en cas de phénomène naturel, toutes les -- dispositions decoulant du present article;

- qu'il ait signale inmedatement les faits par l'ecrit.

Aucune indemnité ne peut néamoins être accordé á l'entrepreneur pour perte totale ou partielle de son material fottant, les --



frais d'assurance de ce matériel étant réputé compris dans le prix du marché".

También el Derecho italiano, en materia de contratación administrativa de obras, elude el sistema de lista de casos de fuerza mayor, cuyo concepto se presupone. Por ello, el artículo 348 de la Ley de Obras Públicas de 1865 establece que "l'appaltatore non può pretendere compensi per danni alle opere o proviste se non in causa di forza maggiore e nei limite consentiti dal contratto".

2. La extensión de la indemnización.- De los artículos 46 LCE y 132 RCE se desprende "a contrario sensu" que el contratista tiene derecho, en los casos de fuerza mayor que se enumeran, a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras. La indemnización debe cubrir, pues, el daño producido por un suceso de fuerza mayor cualquiera que sea su entidad, incluso si se produce una pérdida o ruina total de la obra que obligue a una construcción "ex novo". El cálculo de la indemnización debe efectuarse teniendo en cuenta los precios del proyecto para las unidades de obra que tengan que volver a construirse, aplicando al mismo tiempo unos criterios razonables para los mayores costes que se produzcan al contratista para volver a la situación de normalidad.

Lo que puede presentar dudas es si también la indemnización ha de cubrir los materiales acopiados que se pierdan o resulten averiados y los medios auxiliares del contratista (instalaciones, equipos de maquinaria, etc.). GARCIA ENTERRIA (12) opina que se deben indemnizar también los daños causados en los medios auxiliares (instrumenta operis) por su comunidad de destino con las obras, opinión que suscribimos, pues esa comunidad de destino impone una cierta afécción real de los medios auxiliares, lo cual ya se desprendía del Pliego de 1903 (artículos 28, 38 y 56)

y también ahora de la cláusula 28 PCAG. Además, el texto legal habla no sólo de pérdidas y averías, sino también de perjuicios y, podemos añadir, que la expresión "en las obras" puede dar pie a entender que no sólo es indemnizable el daño causado a la obra construída, sino a todo aquello - que forma parte de su emplazamiento y sirve a su ejecución. Ya sabemos - que en nuestro lenguaje el término obra comprende tanto la obra en construcción como el recinto o lugar donde la misma se realiza.

El Consejo de Estado ha aceptado también la posibilidad de indemnizar los daños causados a maquinaria y materiales afectos a las obras aunque subordinando esta aceptación a la demostración de que esos bienes han repercutido en el cálculo de los costes, directos o indirectos, de unidades de obra certificadas con posterioridad al día en que se produjeron tales daños y únicamente por dicha repercusión. El Dictamen de 9 de mayo de 1974 (Exp. núm. 39.168) razona así:

"Parece, pues, a primera vista, que se cumplen todas las condiciones que permiten reconocer y declarar el derecho del contratista a ser indemnizado por la Administración de los expresados daños. Ahora bien, tanto el artículo 46 de la Ley de Contratos como el artículo 132 del Reglamento General de Contratación reducen el derecho a indemnización a las 'pérdidas, -- averías o perjuicios ocasionados en las obras'; y de los antecedentes de este dictamen se deduce bien claramente que los daños alegados se refieren exclusivamente a los sufridos por la maquinaria y materiales del contratista. Es evidente que -- dichos conceptos no entran dentro de la noción estricta de -- 'obras' y en tal sentido cabe preguntarse, como lógicamente -- hizo la Jefatura Regional de Obras, si resultan indemnizables. La respuesta se encuentra en el artículo 67 del Reglamento General de Contratación, que incluye en el cálculo de los precios de las distintas unidades de obra determinados costes -- directos e indirectos, entre los que figuran, en concreto, -- los de 'amortización y conservación de la maquinaria e instalaciones utilizadas, materiales, etc'. Desde esta perspectiva -- cabe concluirse, de acuerdo con el criterio sentado por el -- Consejo de Estado en su dictamen de fecha 25 de abril de 1974

(expediente número 39.127), que el criterio para fijar si procede o no la indemnización de la maquinaria y materiales objeto de este expediente no reside, como alega la Asesoría Jurídica, en la noción de 'incorporación a las obras', o en el -- hecho de que éstas estuviesen ya terminadas, sino en determi--nar con exactitud si en el momento de la riada no habían sido todavía certificadas unidades de obra en cuyo cálculo de cos--tes directos e indirectos hubieran intervenido los referidos maquinaria y materiales. Resulta evidente que ni el criterio de situación geográfica de la maquinaria, ni el de conclusión de la obra son suficientes para desestimar la reclamación de daños y perjuicios formulada por el contratista: en primer lugar, aunque la maquinaria no estuviese literalmente a pie de obra, se encontraba en la zona de la riada por razón exclusiva de la contrata y afecta a la misma, y, en segundo lugar, -- puede bien ocurrir que en una obra concluída no se hayan cer--tificado todavía todas las unidades de obra.

En resumen, a estos efectos de establecer si procede o no in--demnizar al contratista, debe averiguarse primero si las obras habían sido certificadas en su totalidad con anterioridad al día de la riada, y, en el caso de una respuesta negativa, se indemnizaría a la contrata por cuantos elementos de los recla--mados hayan repercutido, pero única y exclusivamente por la --repercusión en los costes directos o indirectos de las unida--des de obra todavía no certificadas."

3. Procedimiento para el abono de la indemnización.-- El artícu--lo 133 RCE establece la necesidad de seguir un breve procedimiento para determinar la indemnización a la que tiene derecho el contratista por -- los daños que haya ocasionado un suceso de fuerza mayor. Así empieza por decir que "el contratista que estimare que le es de aplicación alguna de las excepciones establecidas en el artículo anterior, presentará la opor--tuna reclamación al facultativo Director de las obras en el plazo de -- veinte días, contados desde la fecha final del acontecimiento.

A nuestro juicio, el derecho a la indemnización no debería es--tar sujeto a ningún plazo de caducidad, como es el de veinte días que establece el artículo 133 RCE. Lo que debiera estar sujeto a plazo es la --

obligación o carga del contratista de notificar a la Administración la producción de un evento de fuerza mayor que perjudica o daña la obra. En cambio, el contratista podría ejercitar su derecho de indemnización, mientras no se extinga la relación contractual. Esto nos parecía tanto más acertado cuanto que con la fijación de un plazo de veinte días, único para notificar la existencia del caso de fuerza mayor y para ejercitar el derecho a la indemnización, se incurre en una falta de realismo, pues en muchos casos no es posible determinar en tan breve plazo la entidad ni la cuantía de los daños. En la práctica los expedientes de fuerza mayor se tienen que iniciar con una estimación provisional de los daños, e incluso sin ella, ante la necesidad de realizar estudios técnicos que -- hay que posponer hasta el momento en que los efectos y secuelas de la -- fuerza mayor se estabilicen.

La cláusula 14 del PCAG, reiterando en parte la regulación contenida en el artículo 133 RCE, hace hincapié en la necesidad de que se acredite en el expediente que por el contratista se han puesto los medios adecuados para contrarrestar los efectos de la fuerza mayor. Concretamente establece dicha cláusula que "el contratista tendrá derecho a ser indemnizado por la Administración en los casos y forma que determina y establece el Reglamento General de Contratación, si bien en el expediente deberá acreditar que, previamente al suceso, había tomado las medidas y precauciones razonables para prevenir y evitar, en lo posible, que las unidades de obra ejecutadas y los materiales acopiados en la obra pudiesen sufrir daños por eventos de la naturaleza"; después se añade que "en la valoración de los daños causados se tendrán en cuenta la adopción de las medidas y precauciones razonables por parte del contratista, a fin de segregar de aquélla los daños que se pudiesen evitar de haberse tomado las medidas oportunas previas o inmediatamente después de acaecer el hecho causa de los daños".

Incoado el expediente con la petición del contratista, el Director de las obras debe comprobar seguidamente sobre el terreno, la realidad de los hechos, y previa toma de los datos necesarios y de la información pertinente, procederá a la valoración de los daños causados, efectuando propuestas sobre la existencia de la causa alegada, de su relación con los perjuicios ocasionados y, en definitiva, sobre la procedencia o no de la indemnización (artículo 133 RCE, párrafo 2º).

Después de la redacción de la propuesta del Director se concede audiencia al contratista, dándole vista del mismo para que pueda formular alegaciones por el plazo de 10 a 15 días, de conformidad con el artículo 91 LPA, al que hay que acudir ante la falta de regulación específica en este punto. Posteriormente informa la Asesoría Jurídica para que concluya el expediente con la resolución del Organo de Contratación o entidad que haya celebrado el contrato (artículo 133 RCE, párrafo 3º). Esta competencia no se altera por la circunstancia de que el Consejo de Ministros haya podido declarar por analogía, un determinado acontecimiento como caso de fuerza mayor, ya que su intervención queda limitada a la calificación del suceso o evento, sin entrar a conocer de la cuantía de la indemnización que deba reconocerse al contratista.

4. La fuerza mayor en el RCCL.— El artículo 57 RCCL recoge como caso de fuerza mayor aunque sin darles esta denominación, los siguientes:

- "a) Incendios originados por la electricidad atmosférica;
- b) Daños producidos por terremotos;
- c) Daños derivados de movimientos del terreno en que estén -- construyendo las obras;
- d) Destrozos ocasionados violentamente a mano armada en tiempo de guerra o por sediciones populares o robos tumultuosos".

Comparando esta enumeración con la que se contiene en el artículo 132 RCE, se observa la exclusión de los maremotos y las inundaciones catastróficas como casos de fuerza mayor; y, además, que el artículo 57 RCCL sí contiene un verdadero "numerus clausus", por no admitir otros casos de fuerza mayor, siguiendo un criterio de analogía, como acepta, en cambio, el apartado 6 del artículo 132 RCCL. Como en otros -- tantos supuestos, se observa, pues, una falta de paralelismo entre la contratación administrativa estatal y local. Esto ha dado lugar a que se plantee la cuestión de si es aplicable en este punto a las entidades locales el RCE como Derecho supletorio, de acuerdo con la Disposición Adicional 2ª del RCCL, para colmar lo que, a primera vista, pudiera parecer una laguna normativa.

Sin embargo, no parecen existir lagunas en el RCCL, sino simplemente disparidad de criterios, aunque evidentemente más restringidos. Así lo ha entendido la jurisprudencia, pues la sentencia del T.S. de 6 de julio de 1978, ha resuelto la cuestión con estos argumentos:

"Si bien conforme a la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963 y su texto articulado de 8 de abril de 1965 y su Reglamento de 28 de diciembre de 1967 puede el contratista ser indemnizado por daños y perjuicios sufridos a causa de inundaciones catastróficas por desbordamiento de ríos y arroyos siempre que los daños no se hayan producido por la fragilidad de las defensas que hubiera debido construir el contratista en cumplimiento del contrato, así como a cualquier otro caso de efectos análogos a los anteriores, previo acuerdo del Consejo de Ministros, resulta que además de que en estos supuestos de fuerza mayor difieren las disposiciones reguladoras de la Administración Local de la Estatal, según se establece en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, en que siempre se entenderán a riesgo y ventura para el contratista y sólo puede solicitar indemnización en los casos taxativamente marcados de fuerza mayor en dicha legislación, donde no se acoge precisamente la referente a inundaciones catastróficas por desbordamientos de ríos y arroyos, también es dudosa la aplicación de esta --

materia con carácter supletorio de lo previsto para la contratación del Estado, conforme se autoriza en la disposición adicional tercera del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 27 de mayo de 1955 y que asimismo se contiene en la disposición adicional segunda del citado Reglamento de Contratación de dichas Corporaciones, puesto que esa supletoriedad para su aplicación en estos supuestos contractuales debe estar condicionada a la existencia de verdaderas lagunas sobre puntos concretos y determinados dentro del Ordenamiento Local, pero no en cambio cuando tales lagunas no son claras y evidentes, como ocurre en este caso, por haber taxativa regulación con respecto a la aplicación de la fuerza mayor en la legislación local, lo que descarta entonces dicha supletoriedad y en realidad se convierte en una aplicación analógica o de interpretación extensiva de la misma, lo cual no se permite en dicha materia de contratación administrativa".

Aunque la doctrina que se contiene en esta sentencia se refiere exclusivamente a la no ampliación de casos de fuerza mayor, hay que entender con mayor razón que no puede aplicarse la legislación estatal en cuanto al procedimiento examinado más arriba, para ejercitar el derecho a la indemnización. En este punto es la LPA la que debe funcionar como Derecho supletorio para determinar los trámites que deben seguirse para resolver una petición de indemnización fundada en un caso de fuerza mayor.

III.- OTRAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL RIESGO Y VENTURA.-

La fuerza mayor no es la única excepción al principio del riesgo y ventura, pues además del "periculum rei" que queda asegurado en los casos ya estudiados mediante indemnización, también el "periculum obligationis" es decir el riesgo de que el coste real de la obra no coincida con el realmente producido, se excluye en varias hipótesis a las que nos referimos a continuación.

En primer lugar, y como lo ha reconocido la jurisprudencia - - (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1976) no puede aplicarse

el principio del riesgo y ventura si la mayor onerosidad de la ejecución del contrato ha sido provocada por la Administración al contravenir el - contrato o por acto extracontractual. En ambos casos se ha de indemnizar al contratista (artículos 58 LCE y 158 RCE y 40 LRJAE).

El principio del riesgo y ventura tiene otra excepción cuando la relación coste-resultado se modifica en perjuicio del contratista por que éste se encuentra con una mayor dificultad en la ejecución de la - obra, que la hace más onerosa. En este supuesto no intervienen factores subjetivos como en el caso anterior, pues la mayor dificultad y consi- - guiente onerosidad no depende de la conducta de las partes, sino de circunstancias objetivas e imprevistas.

En el Derecho francés se habla de "sujétions imprevues" para hacer referencia a los casos en que el contratista encuentra una mayor - dificultad sobrevenida en la ejecución de la obra, y en el Derecho ita- - liano se estudian estos supuestos con referencia al "rischio della difi- - coltà dell'opus".

El artículo 17 del CCAG francés reconoce al contratista el de- recho a ser indemnizado por los perjuicios que eventualmente le causen - los cambios en la naturaleza de determinadas clases de obras. Textualmen- te este artículo dice lo siguiente:

"Dans le cas de travaux réglés sur prix unitaires, lorsque, -- par suite d'ordres de service ou de circonstances qui ne sont ni de la faute ni du fait de l'entrepreneur, l'importance de certaines natures d'ouvrages est modifiée de telle sorte que les quantités exécutées diffèrent de plus d'un tiers en plus, ou de plus d'un quart en moins des quantités portées ou détail estimatif du marché, l'entrepreneur a droit à être indemnisé en fin de compte du préjudice que lui ont éventuellement causé ces changements"

En el Derecho italiano no existe una norma especial administrativa por lo que se resuelve el problema aplicando la que se contiene en el artículo 1664 del Código Civil, según el cual:

"Se nei corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzioni derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la -- prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto ad un equo -- compenso".

En nuestro Derecho, el problema se suscitó bajo la vigencia del Pliego de 1903, con motivo de la construcción del tunel de Canfranc, pues el contratista encontró una mayor dificultad debido a la constitución -- geológica del terreno cuya excavación exigía unos procedimientos más costosos que los previstos. Planteada la cuestión ante el Tribunal Supremo se dictó la sentencia de 29 de septiembre de 1913, que sentó la siguiente doctrina:

"Que no cabía atribuir el hecho a error de cálculo o accidente natural imprevisto, análoga a los casos de fuerza mayor del -- artículo 42, sino que se trataba de un accidente normal, aunque de importancia extraordinaria en su cuantía, y se aplicaría el artículo 48 del pliego general de condiciones referentes a la tasación de obras no incluidas en el presupuesto de la contrata".

El Consejo de Estado también ha aplicado la técnica del precio contradictorio cuando se le ha planteado un caso de mayor dificultad en la ejecución de unas obras de dragado, por aparecer un terreno con una -- composición geológica diferente a la inicialmente prevista. El Dictamen de 11 de diciembre de 1969 citado más arriba, argumenta de la forma siguiente:

"La aparición de obras imprevistas es uno de los supuestos ---

típicos ante los que claudica el principio de riesgo y ventura. Respecto a las obras contratadas, el contratista no puede, bajo ningún pretexto, reclamar aumento de los precios (-artº 43 del Pliego de Condiciones generales de 1903); mas no ofrece duda que esta imposibilidad de alterar los precios pactados, centro de gravedad del riesgo y ventura, a salvo naturalmente los supuestos de excepción, no cubre el caso de la -ejecución de obras imprevistas que no figuran en el presupuesto de contrata, supuesto radicalmente distinto y al que la Legislación dedica atención separada (artº 48 del Pliego; artº 150 del Reglamento de Contratos del Estado). No parece necesario extenderse en mayores consideraciones sobre este extremo, que se impone por su misma evidencia.

Que en el presente expediente se contempla no un supuesto de riesgo del contratista, sino uno de ejecución de obra nueva, resulta de modo inmediato de la disparidad entre los precios contratados para la unidad de dragado en terreno ordinario y el coste de ejecución del dragado en roca. En efecto, la experiencia y la técnica permiten a la Administración conocer de antemano cuál es el coste de cada unidad de obra y sus elementos integrantes, y los precios unitarios fijados en el presupuesto no hacen sino responder a esos criterios objetivos. De tal modo que, cuando no figura en el cuadro de precios el - - correspondiente a unas obras técnicamente diferenciadas y de coste notoriamente superior a las previstas, como son en el - presente caso las de dragado en roca, forzoso es deducir que dichas obras no forman parte de la contrata y que constituyen obras nuevas a sus efectos. Obligar al contratista a efectuarlas con arreglo a un precio netamente inferior calculado para unidades de distintas características y a pretexto del riesgo asumido al contratar con la Administración Pública, sería llevar el principio del riesgo a terrenos que exorbitan manifiestamente de su propio campo de acción".

Por último, una tercera excepción al principio del riesgo y --ventura se produce en relación con el llamado áleas coyuntural. Ya hemos indicado que lo que este principio impone es que no trascienda al contrato el riesgo de que la relación coste-resultado no coincida con las previsiones que hizo el contratista al obligarse con la Administración. Sin embargo, a veces se producen alteraciones tan profundas en los presupues

tos económicos en base a los cuales el contratista formuló su oferta, -- que surge la cuestión de determinar hasta qué punto la inalterabilidad del contrato (pacta sunt servanda) ha de mantenerse a toda costa. Pero -- el examen de las distintas soluciones que a dicha cuestión han dado la -- doctrina científica y el Derecho positivo, queda pospuesto para cuando -- tengamos que estudiar la revisión del precio que ha de pagar la Administración al contratista.

IV.- DAÑOS A TERCERO MOTIVADOS POR LA EJECUCION DE LA OBRA.-

Los riesgos que genera la ejecución de una obra pública no sólo constituyen una amenaza para las partes ligadas en virtud del c.o.p., sino también para los terceros respecto de los cuales el c.o.p. es "res inter alios acta". Tienen la condición de tercero a estos efectos, todo sujeto que sufra un perjuicio, material, inmaterial o corporal, que no esté vinculado con la Administración en virtud de un c.o.p. Por ello, -- entre otros, son terceros los subcontratistas y los suministradores o -- proveedores del contratista principal.

No existe una regulación específica de la responsabilidad por los daños derivados de la ejecución de las obras públicas, ni siquiera de los que se producen más frecuentemente (instalaciones próximas, vías públicas, etc.). Hay que acudir, pues, a las normas generales civiles o administrativas sobre responsabilidad extracontractual.

En principio, podría parecer que el tercero que sufre el daño o un perjuicio como consecuencia de una obra pública que realiza un contratista, no tiene más remedio que dirigirse contra este último mediante el ejercicio de la acción civil de responsabilidad extracontractual, de -- acuerdo con lo establecido en el artículo 1902 CC ("El que por acción u -- omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obli--

gado a reparar el daño causado"). De este supuesto partía el artículo -- 121 LOP, pues atribuye a la competencia de los Tribunales de Justicia, -- el conocimiento de las cuestiones relativas a los daños y perjuicios -- ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad, cuya enajenación no sea forzosa, por el establecimiento o uso de las obras concedidas o por cualquiera otras causas dependientes de las concesiones.

Sin embargo, la introducción de un sistema de responsabilidad administrativa de carácter objetivo, con abstracción de la idea de culpa, por la LEF (artículo 121) y la LRJAE (artículo 40), hoy reafirmada por -- el artículo 106 CE, determinó un cambio radical respecto al régimen ante-- rior a esas leyes. Desde luego, el tercer perjudicado puede optar toda-- vía por la jurisdicción civil, probando la culpabilidad del contratista, pero raro será que lo haga habida cuenta de la cobertura que le ofrecen las normas administrativas citadas, tanto en el orden de la solvencia e-- conómica como de la sencillez procedimental.

Efectivamente, estos preceptos establecen que la Administra-- ción debe indemnizar a los particulares de toda lesión que estos sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza ma-- yor, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o -- anormal de los servicios públicos. La jurisprudencia ha ampliado la no-- ción de servicio público, refiriéndolo al "hacer y actuar de la Adminis-- tración como acto de gestión pública" (STS de 2 de febrero de 1968). Se prescinde, pues, del dato de la ilicitud o culpa del agente causante del daño, bastando para que la lesión sea resarcible con que se considere -- antijurídica y es antijurídica si el sujeto que la sufre no tiene el de-- ber jurídico de soportarla. Este mismo principio de responsabilidad obje-- tiva, supone además, que la imputación, esto es, la atribución a un suje-- to del deber de indemnizar, se efectúe no por la simple causación mate--

rial del daño sino por ser titular de la empresa o actividad con la que se generan los riesgos (13).

Cuanto se acaba de señalar de forma muy resumida, es imprescindible para entender correctamente el artículo 134 RCE, único que se dedica al tema que ahora nos ocupa, y que textualmente dice lo siguiente:

"Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras.

Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros - como consecuencia de vicios de proyecto.

Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la - jurisdicción contencioso-administrativa".

Una primera lectura del artículo 134 pudiera llevar a la idea de que el tercero perjudicado tiene que dirigir su acción de responsabilidad extracontractual contra el contratista, cuando el daño o lesión es consecuencia de las operaciones propias de la ejecución de la obra y contra la Administración cuando el daño se produce como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de vicios del proyecto.

Sin embargo, esta interpretación no puede admitirse por estar en contradicción con la concepción legal de responsabilidad administrativa derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Porque frente a tercero quien responde siempre es la Administración y no el contratista, por ser la primera quien ostenta la titularidad de la actividad que origina el daño (14). La Administración responde frente al tercero que ejercita contra ella un derecho indemnizatorio si prueba el perjuicio efectivamente sufrido y la relación de causa a efecto entre -- las operaciones propias de la ejecución de la obra pública y el daño producido. El Consejo de Estado ha afirmado que si este criterio sobre imputación de responsabilidad es válido para el supuesto de servicios concedidos, en que hay una transferencia de la titularidad del servicio, con mayor razón debe valer en el supuesto de un simple contrato de ejecución de obras, en que la titularidad de las mismas no se transfiere, pues se mantiene plenamente por la Administración (15).

Por consiguiente, los dos primeros párrafos del artículo 134 - RCE hay que entenderlos como formulaciones de una norma que regula el reparto de la carga indemnizatoria entre la Administración y el contratista, y en este reparto sí que juega el criterio de la responsabilidad subjetiva, pues la Administración que paga tiene una acción de regreso contra el contratista culpable del perjuicio causado al tercero. Así lo ha declarado también el Consejo de Estado en su Dictamen de 18 de junio de 1970 (Expediente núm. 36.913), en el que se sienta la doctrina siguiente:

"La precisión que acaba de hacerse es oportuna, ya que la Administración dispone, como es lógico, de la acción de regreso -- contra sus contratistas cuando los daños producidos les sean imputables a ellos y no a vicios del proyecto o a órdenes emanadas de aquélla, y en tal sentido han de ser interpretados -- los artículos 19 del Pliego de Condiciones Generales, de 13 -- de marzo de 1903, y 134 del Reglamento de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1967. El hecho de que la Administración, después de instruido el procedimiento señalado en el -- artículo 134 del Reglamento de Expropiación Forzosa, abone al perjudicado la indemnización que pueda corresponderle, no es óbice para que repita luego contra el contratista al que, en

virtud de las referidas condiciones y reglas contractuales, le sea imputable la comisión material del perjuicio. A éste corresponderá, en definitiva, la carga económica de la indemnización, pero sin que esta responsabilidad final del contratista pueda servir a la Administración para desvanecer la suya propia frente a terceros".

Y si como dice este mismo Dictamen del Consejo de Estado "el titular de la obra pública es siempre la Administración, que en ningún momento deja de ejercitar sobre ella sus potestades y de asumir la responsabilidad de los daños que su ejecución puede causar a tercero", es lógico que el último párrafo del artículo 134 RCE disponga que las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación. A veces, estos órganos pretendían declarar la inadmisibilidad de las reclamaciones argumentando que el tercero perjudicado debía acudir a la vía civil para ejercitar las acciones contra el contratista. Sin embargo, esta solución no sólo supone que se estén prejuzgando lo que precisamente hay que dilucidar (quien debe responder en último término), sino que, además, se opone al principio de responsabilidad objetiva de la Administración, cuya ventaja, desde el punto de vista procedimental es evidente, tal como subraya el Dictamen del Consejo de Estado al que nos venimos refiriendo, pues dice que "la remisión unitaria a las reglas administrativas del régimen de responsabilidad por los daños causados como consecuencia de la ejecución de las obras públicas, tiene, además, la ventaja adicional de proporcionar a los perjudicados un mayor margen de seguridad jurídica, ya que para ellos siempre es la Administración quien actúa, con su cortejo de prerrogativas y poderes, sin que les corresponda conocer las relaciones internas que pueden existir entre la Administración y el contratista a los efectos de las indemnizaciones que les puedan ser exigidas.

N O T A S

(1) ARIÑO ORTIZ, G. "Teoría del equivalente económico en los - contratos administrativos. Instituto de Estudios Administrativos" Madrid 1968, p. 6.

(2) Cfr. Ob. cit. p. 7.

(3) La STS 6 de julio 1978, reiterando la de 8 junio 1947 dice que "tanto jurídica como gramaticalmente quiere decir la frase -- a riesgo y ventura, riesgo -contingencia o proximidad de un daño-, ventura -palabra con que se explica que una cosa se expone a la - contingencia de que suceda mal o bien-".

(4) ARIÑO ORTIZ, G. Ob. cit. pp. 19 y ss.

(5) ARIÑO ORTIZ, G. Ob. cit. pp. 39 y ss.

(6) ARIÑO ORTIZ, G., dice que el principio del riesgo y ventura se convierte en un auténtico mito que opera por tradición y cuya fuerza de inercia empujará a la doctrina y la jurisprudencia a -- conclusiones equivocadas. Ob. cit. p. 120 y ss.

(7) Sentencias del Tribunal Supremo de 20 diciembre 1866, 5 junio 1870, 7 mayo 1878, 4 noviembre 1892, entre otras (ver su referencia en ARIÑO ORTIZ, Ob. cit. p. 122).

(8) GARCIA ENTERRIA, E. "Riesgo y ventura y Fuerza Mayor en el contrato Administrativo". RAP núm. 2, p. 87.

(9) Ob. cit. "Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el contrato ad ministrativo". RAP núm. 2, p. 88.

(10) Ob. cit. "Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el contrato - administrativo". RAP núm. 2, p. 93.

(11) Ob. cit. "Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el contrato - administrativo". RAP núm. 2, pp. 98 y 99.

(12) Ob. cit. "Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el contrato administrativo". RAP núm. 2, p. 92.

(13) Vid. GARCIA-ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I, pp. 319 y ss.

(14) GARCIA-ENTERRIA, E. sostiene como criterio básico de imputación la integración en la organización administrativa, por la - que excluye a los concesionarios y contratistas ("Curso de Dere-- cho Administrativo 1977, Tomo II, p. 330).

(15) Dictamen de 12 de julio 1973 (Exp. núm. 38.603).

CAPITULO QUINTO
=====

MODIFICACION DEL PROYECTO

I.- PROHIBICION DE MODIFICACION DEL PROYECTO POR EL CONTRATISTA. EXCEPCIONES.-

El principio de inalterabilidad del contrato (artículo 1091 CC) juega con desigual eficacia dentro del c.o.p. según se refiera a las - - obligaciones de la Administración o del contratista, pues mientras que - la primera tiene el llamado "ius variandi" o derecho de modificación, -- que vamos a estudiar en este capítulo, el segundo debe realizar la obra de acuerdo con lo pactado en el contrato, careciendo, en principio, de to da facultad para alterar o modificar el proyecto de la obra.

La inalterabilidad del contrato concretada a su objeto (la - - obra proyectada) se enuncia legalmente en forma positiva y negativa. Positivamente los artículos 44 LCE y 130 RCE afirman que "las obras se eje cutarán con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base al mismo". Negativamente, la cláusula 62 PCAG formula una prohibición terminante: "ni el contratista ni el Direc- tor podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del con trato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupues to correspondiente". En el ámbito local, y de modo genérico, el artículo 51.2. RCCL dispone que "las Corporaciones no pueden recibir prestaciones cuantitativa o cualitativamente distintas de las estipuladas".

De todo ello se deduce fácilmente que el contratista no puede modificar el contenido de su prestación, prohibición que si incumple da lugar a que incurra en responsabilidad contractual (artículos 52 LCE y -

157 RCE y 65 y 93 RCCL), la cual se regula especialmente para el caso de modificaciones indebidas, en el artículo 155 RCE y la cláusula 62, párrafo 3º PCAG. En el primero de estos preceptos se empieza por establecer -- la responsabilidad disciplinaria para los funcionarios si se producen -- modificaciones no autorizadas en las obras respecto a los proyectos por los que se rige su realización. Pero, además, esta norma declara también la responsabilidad de los contratistas que con conocimiento de la irregularidad ejecutan modificaciones de obra no autorizadas, disponiendo que "no tendrán derecho al abono de las mismas, vendrán obligados a su demolición si así se les ordena, e indemnizarán a la Administración, en todo caso, por los daños y perjuicios que su conducta ocasione". Por su parte, la cláusula 63 PCAG, en su párrafo segundo, reafirma la responsabilidad del contratista por las modificaciones en la obra que no estén debidamente autorizadas por la Administración, sin perjuicio de la que pudiera alcanzarse a los funcionarios encargados de la dirección, inspección o vigilancia de la obra.

Con todo, la prohibición de modificación impuesta al contratista no es tan absoluta como para que éste siempre sea considerado responsable en los términos ya expuestos. Dos excepciones pueden señalarse a -- este respecto.

La primera se produce como consecuencia del juego de la buena fe y de la condena del enriquecimiento injusto dentro del c.o.p. Existe buena fe del contratista si modifica la obra en virtud de órdenes, aunque sean verbales, de quien tiene competencia para darlas y si actos posteriores de la Administración crean también en el contratista la confianza de que las alteraciones introducidas en el proyecto son válidas. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia (1), que también se vale de criterios objetivos para valorar si la modificación de la obra era necesaria técnicamente para la ejecución global del proyecto (2). En consecuencia

la Administración no puede negar el pago de la mayor cantidad o calidad de obra, pues se enriquecería injustamente a costa del contratista (3) (4).

La segunda excepción aludida hace referencia a aquellas variaciones de obra que por ser meramente cuantitativas y no exceder de un determinado porcentaje, pueden ser realizadas por el contratista sin necesidad de que sea previamente autorizado por la Administración. Así lo admite la cláusula 62 PCAG de la que nos ocuparemos más adelante.

II.- EL IUS VARIANDI DE LA ADMINISTRACION.-

1. La mutabilidad del contrato administrativo.- Como decíamos al principio de este capítulo, el principio de la inalterabilidad del contrato, actúa con desigual eficacia debido a la existencia del "ius variandi" de la Administración, es decir, del poder que ésta tiene de modificar el contrato dentro de ciertos límites. La doctrina científica es casi unánime en destacar que el "ius variandi" de la Administración es una de las características más típicas del contrato administrativo. GARRIDO FALLA (5) dice que "en la misma génesis del contrato administrativo -- aparece el ius variandi de la Administración como una de las notas que -- vienen a caracterizarlo decisivamente desde un punto de vista sustancial". GARCIA DE ENTERRIA (6) dice que "el llamado ius variandi o poder de modificación unilateral del objeto del contrato es la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo en cuanto que apunta directamente a uno de los presupuestos básicos del instituto contractual -- pacta sum servanda, contractus lex inter partes--". E incluso se llega a proclamar la existencia de un principio de mutabilidad del contrato administrativo, que ARIÑO ORTIZ (7) enuncia de esta forma: "la Administración no puede renunciar a sus potestades ni cercenar su libertad en la --

gestión del interés general. Su responsabilidad privativa de interés general no puede verse condicionada por los contratos que vayan celebrando. De ahí su potestad de introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato, que aseguren una mejor realización de aquél o una mejor adaptación a sus fines. Potestad cuya renuncia, aún declarada en el contrato -- sería nula y sin valor. La inmutabilidad del contrato (principio del -- "contractus lex") se ve así matizada, coloreada administrativamente, por la inmutabilidad del fin. Estas alteraciones del contrato administrativo se operan, además, de un modo inmediato y directo, por el principio de -- decisión unilateral y ejecutorio, previa al conocimiento judicial. Por -- último, LAUBADERE (8) explica el alcance de este poder de modificación diciendo que el mismo no significa que el contrato administrativo no vingule a la Administración ni que sólo tenga fuerza obligatoria para el -- particular contratante, pues lo que verdaderamente entraña es que el -- principio fundamental en el Derecho Privado, de la inmutabilidad contractual no se aplica a los contratos administrativos con las mismas consecuencias generales y absolutas. Por ello este autor habla de la existencia de una cierta "mutabilidad" del contrato administrativo.

Nuestro Derecho positivo también consagra la mutabilidad del -- contrato administrativo, en virtud de la prerrogativa de modificación -- que se reconoce con carácter general a la Administración. Los artículos 18 LCE y 50 RCE establecen, junto a la prerrogativa de interpretación y resolución del contrato la de su modificación por razones de interés público, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos -- señalados en la LCE y RCE.

La jurisprudencia, haciéndose eco de algunas de las direcciones doctrinales antes señaladas, a veces pone el énfasis en la mutabilidad del contrato administrativo, que contrasta con la inmutabilidad del

fín. Así la STS 11 de octubre de 1979 dice que "es evidente que, en principio, nada se puede objetar a la modificación contractual referida, puesto que la regla general de la inmutabilidad del contrato, predominante - en el arrendamiento civil (contractus lex) ofrece en el administrativo - la versión de la inmutabilidad del fín, o inmutabilidad del servicio, para lo cual se instrumenta una especial potestad, la "potestas variandi" habilitada no por ministerio del contrato sino por el de la ley, hasta - el extremo que la doctrina científica ha destacado que esta "potestad" - merece ser aplicada con un criterio interpretativo extensivo, en el campo administrativo, mientras que, por el contrario, en el civil las facultades de modificación ("ius no potestas") sólo deben ser reconocidas en los casos y con el alcance expresamente previsto en el contrato y con un criterio hermeneútico restrictivo". Sin embargo, otras sentencias destacan ante todo la inmutabilidad del contrato; la STS de 29 de mayo de 1973 habla de "la inmutabilidad que domina la ejecución del contrato de obra para el contratista en aplicación del viejo principio tradicionalmente - establecido en aras de la seguridad jurídica de "pacta sunt servanda" sin que el contratista pueda, por tanto, apartarse de la ley del contrato". Esta misma sentencia entiende que la inmutabilidad del contrato se mitiga con la teoría de la cláusula "rebus sic stantibus" y la doctrina del riesgo imprevisible, que se refleja en ciertas normas de la contratación administrativa, como son las relativas a la suspensión de las obras y la cláusula de revisión de precios. También la sentencia de 30 de marzo de 1978 abunda en esta dirección y así dice "que insistiendo en la misma -- línea, la jurisprudencia tiene declarado que, por aplicación de los artículos 1256 y 1091 del C. Civ. los contratos en que es parte la Administración, ésta debe respetar la situación jurídica creada por la relación contractual y, si actuando con la investidura del poder público le asiste la facultad de declarar lesivo el acto propio administrativo, y nulo o rescindido el contrato de igual naturaleza, la declaración de lesividad

no es ejecutiva mientras no sea planteada, discutida y confirmada por la jurisdicción contenciosa, pues como principio el artículo 1256 C.Civ. es aplicable a todos los contratos, aunque la Administración sea parte en ellos."

Por nuestra parte consideramos que la teoría del contrato administrativo y su mutabilidad no hace otra cosa que generalizar por vía de abstracción, los fenómenos concretos en que se manifiesta el "ius variandi" de la Administración. Es indudable que es en el c.o.p. donde el poder de modificación actúa con más claridad y donde se encuentra regulado con precisión. Creemos, por otra parte, que la teoría general del contrato administrativo ha contribuido a mitificar un tanto el alcance del "ius variandi" (9), por lo que se hace necesario una especie de "cura de humildad" para intentar comprender y explicar cuál es el verdadero -- significado del poder de modificación que tiene reconocido la Administración (10). El mejor modo de hacerlo es ver cómo juega el poder de modificación de la Administración dentro del c.o.p., donde no se manejan -- abstracciones sino auténticas realidades.

2. Existencia y fundamento del "ius variandi" en el c.o.p. --

En primer lugar conviene precisar que el "ius variandi" entraña un poder de modificación del objeto del contrato, esto es, de la obra proyectada (11). Ciertamente existen otros elementos modificables dentro del c.o.p. pero toda la regulación del "ius variandi" apunta al objeto contractual, pues aunque también se contemple la suspensión de la obra o el aumento -- del plazo, todo ello se vincula a la modificación de la obra que va a -- ejecutarse o que está en curso de ejecución. Que el "ius variandi" existe por y para la ejecución de la obra se desprende sin ninguna dificultad de la Sección 2ª del capítulo IV del Título I del Libro Primero de la -- LCE y de la Sección 4ª del Capítulo V del Título II del Libro Primero del

RCE, aunque sus respectivos enunciados (Modificación del contrato de - - obras) sea más genérico que su propio contenido. Y es así como hay que - entender el primer párrafo de los artículos 48 LCE y 146 RCE que dicen - que "una vez perfeccionado el contrato, la Administración sólo puede mo- dificar los elementos que lo integran dentro de los límites que estable- ce la presente legislación". Esos elementos modificables son la obra pro yectada y las circunstancias de tiempo y lugar que la acompañan, según - se desprende de los artículos siguientes.

¿Por qué puede la Administración modificar la obra proyectada?. La respuesta a esta pregunta sobre el poder de modificación ha perdido a veces su auténtico sentido desplazando la cuestión del fundamento de dicho poder al cómo de su ejercicio. A nuestro juicio, esto sucede cuando se explica el poder de modificación como una prerrogativa que el Derecho público reconoce a la Administración o como una manifestación del papel que juega la noción de servicio público en la contratación administrati- va. Para GARRIDO FALLA (12) el "ius variandi" se explica porque "el pro pio fundamento que permite a la Administración organizar por vía regla- mentaria un servicio público concedido, determina también la potestad ad ministrativa de reorganizar dicho servicio, variando su reglamento y ade cuándolo a las exigencias siempre cambiantes del interés público". LAUBA DERE (13) sostiene que el poder de modificación se funda en las exigen- cias del servicio público y en los cambios que sobrevienen en esas exigen- cias.

Por nuestra parte entendemos que la configuración del "ius va- riandi" como prerrogativa o potestad reglamentaria explica que la misma se imponga con fuerza especial al contratista, pero entonces lo que se - revela no es su fundamento sino sus efectos. Y otro tanto ocurre cuando se argumenta con las exigencias del servicio público, pues éste último -

es el que, asimismo, justifica que el poder de modificación revista los caracteres de una prerrogativa pública e irrenunciable.

El porqué del "ius variandi" hay que buscarlo en el mismo sujeto que lo ostenta en el contrato, es decir, en la Administración en cuanto dueña de la obra contratada. De modo simple cabe decir que la Administración puede modificar la obra porque es dueña de ella (dominus operis). Y desde esta consideración el fundamento del "ius variandi" es el mismo en el c.o.p. que en el arrendamiento civil de obra. Los proyectos, por muy definidos que estén, no pueden preverlo todo. Esta imprevisión se mueve desde luego, en un ámbito que, como veremos, se acota legalmente, y va desde la necesidad de detallar lo que ya se contiene en el proyecto, hasta la necesidad de introducir unidades o partes de obra que no fueron posible prever o que simplemente se necesitan para que la obra se complete y adecue al fin al que va destinada (14).

Se comprende fácilmente que la circunstancia de que la obra -- esté destinada a un fin público no puede ocultar la realidad de que toda obra inmobiliaria debe hacerse a satisfacción de quien, como dueño de ella, dispone de su estructura y su función. Nuestro C.C. reconoce el "ius variandi" del dueño de la obra, aunque la parquedad de sus preceptos no lleguen a regularlo en detalle. Pero es claro que el artículo 1593 -- alude al poder del dueño de la obra de introducir variaciones en el proyecto con la natural contrapartida de abonar al contratista la remuneración de la mayor obra que realice. Dice este precepto que el contratista "podrá hacerlo (pedir aumento de precio) cuando se hayo hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización al propietario" (15). Y nadie se hace cuestión del -- por qué de este poder de modificación, por la sencilla razón de que es consustancial con la naturaleza del contrato de obra. Comentando RUBINO -

(16) la facultad que otorga el artículo 1661 del C.C. italiano al comitente para ordenar variaciones de la obra, señala que el contenido del contrato, es decir, la ejecución de la obra, es tal que no se puede prever desde el comienzo todos los mínimos aspectos, y esto justifica la facilidad con la que el citado artículo reconoce esa facultad porque, en definitiva, la obra es o está destinada a ser del dueño o comitente y, por otra parte, la modificación no puede perjudicar al contratista porque se establecen las oportunas cautelas para proteger sus intereses.

Pues bien, este sentido genuino que tiene el "ius variandi" en el arrendamiento de obra también se encuentra en el c.o.p., tanto más -- cuando que una obra pública suele ser siempre de gran complejidad y difícilmente puede preverse todo en el proyecto. De otra parte, la Administración no puede quedar inmovilizada por el contrato y ha de poder adaptar la obra antes de su comienzo o durante su ejecución a aquellas necesidades que surjan, pues como todo dueño tiene interés en que la obra sea al final útil al fin propuesto.

Ocorre después, que esa justificación intrínseca del "ius variandi" se potencia "ad extra" por la incidencia del interés público que es el que impone determinadas garantías, cautelas y limitaciones en el ejercicio de ese derecho que enseguida serán estudiadas. Es esto y no la justificación de fondo antes indicada la que puede permitir que el "ius variandi" de la Administración sea considerado como exorbitante del que conoce el arrendamiento civil de obra.

3. Naturaleza jurídica del "ius variandi".-- Hay acuerdo casi -- unánime en la doctrina que explica el contrato administrativo como figura especial --de la que el c.o.p. es uno de sus tipos--, sobre la consideración del "ius variandi" como una manifestación de la potestad reglamenta

taria (17) o de una potestad, sin más, de la Administración. En este último sentido GASPAR ARIÑO (18) sostiene que "no se trata aquí realmente de un ius (un derecho subjetivo de la Administración en el seno de una particular y concreta relación jurídica: el contrato), sino más bien de una potestas (poder según el cual se desenvuelve la capacidad jurídica - de un modo genérico), de la cual el órgano se encuentra investido no por la relación jurídica del contrato, sino por la ley, si bien con efectos sobre aquélla en razón de los fines que tiene atribuidos como competencia específica". Este mismo autor critica a GARCIA ENTERRIA por la equiparación que hace este último entre el poder de modificación y el artículo 1594 CC (desistimiento del contrato de obra civil). Sin embargo, la crítica no parece acertada porque este último autor tiene cuando menos el mérito de haber encontrado una explicación material y no meramente formal sobre la naturaleza del "ius variandi", aunque también acuda, en último término, a la idea de una potestad expropiatoria o reglamentaria. (19)

Por nuestra parte, queremos hacer ver que el "ius variandi" no es tanto la manifestación de una potestad administrativa cuanto de un auténtico derecho contractual que debe explicarse por sí mismo como derivado de la relación jurídica en que actúa. Decir que el "ius variandi" es una potestad es obviar la explicación fundamental de este derecho. La doctrina que acude a la idea de la potestad lo hace para señalar que el "ius variandi" lo tiene la Administración "ex lege", y que por tanto - ella goza de esa facultad aunque no esté prevista en el contrato (20). Y de ahí también su carácter irrenunciable. Sin embargo este reconocimiento legal del "ius variandi" no puede tener el efecto de desvirtuar su verdadera naturaleza y significado. Se trata, a nuestro juicio, de un verdadero derecho contractual, porque se ostenta no por exigencias del interés público, sino antes que nada porque lo exige la propia naturaleza

za del c.o.p., ya que la Administración como dueña de la obra debe poder introducir las modificaciones necesarias para que la obra quede realizada de acuerdo con las necesidades o exigencias que se vayan planteando durante la ejecución ante la imposibilidad de que los proyectos lo prevean todo. Es, pues, su función específica contractual la que configura el "ius variandi" y no la potestad que tenga la Administración para reglamentar o expropiar. Cuando la Administración interviene por medio de estos poderes, estamos entonces ante un "factum principis", que no debe confundirse con los derechos o facultades que actúan desde dentro del contrato, aunque precisamente se hayan configurado legalmente con unos particulares matices.

Entendido el "ius variandi" como derecho contractual, no es difícil configurarlo como un derecho potestativo o de modificación jurídica (21), esto es, como una facultad o derecho subjetivo secundario (derivado del primario que es el derecho a la obra), cuya finalidad específica es modificar o novar la relación contractual en uno de sus elementos cual es el objeto. En esto no hay ni puede haber diferencia sustancial con el "ius variandi" del dueño o comitente del contrato de obra privada. Y es más, las diferencias o pretendidas exorbitancias no son tales si es que con ellas se quiere subrayar un régimen excepcional y desigual en comparación con el del régimen del arrendamiento civil de obras.

En efecto, la única diferencia que puede apreciarse entre el régimen del "ius variandi" en el c.o.p. y en el arrendamiento civil de obra, es el de una mayor regulación de la forma de ejercicio. Frente a la casi nula alusión del CC (sólo hay una leve referencia en el artículo 1593 según vimos más arriba), la LCE y RCE señalan unos límites precisos tanto cualitativos como cuantitativos según comprobaremos más adelante. Pero que haya unos límites legales previstos en el ejercicio de un dere-

cho potestativo es algo completamente natural, habida cuenta que la modi
ficación que el derecho pretende no puede ser tan absoluta como para --
hacer desaparecer la relación jurídica preestablecida. De otra parte, es
te acotamiento o limitación del ejercicio del "ius variandi" se da igual
mente en la práctica del arrendamiento civil de obra y no tanto por la -
prohibición del artículo 1256 CC ("El cumplimiento del contrato no puede
quedar al arbitrio de una de las partes"), como por necesidad de que la
facultad o derecho de modificación no se aparte de su fin institucional,
que no es otro que el de hacer posible la obra superando las imprevisiones
o adaptándola a las necesidades que debe aquélla cumplir a satisfac-
ción del dueño.

En cambio no explica el "ius variandi" ni su carácter de prerro
gativa o potestad ni que lleve consigo un deber de indemnizar en determi
nados casos.

Cuando los artículos 18 LCE y 50 y 51 RCE hablan de la prerro
gativa de la Administración para modificar el contrato por razones de in
terés público, están enunciando una norma que por referirse a todos los
contratos administrativos hay que identificar con el "factum principis";
esto es, como el ejercicio de potestades administrativas reglamentarias
que pueden afectar de modo generalizado a una categoría cualificada de -
administrados como son todos los que contratan con la Administración. En
cambio, el artículo 146 RCE relativo al c.o.p., aunque sigue hablando de
prerrogativa, lo que en verdad regula es el "ius variandi" contractual -
sujeto a unos límites que no impiden, por otra parte, que la Administra-
ción los altere e incluso suprima, adaptándolos a las exigencias de cada
contrato en particular, pues ella puede concertar los pactos o condicio-
nes que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés
público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administraci

ción (artículos 3 LCE y 4 RCE).

Por último, tampoco atribuye singular carácter al "ius variandi" que su ejercicio imponga el deber de indemnizar, al decir el artículo 146 RCE, párrafo segundo, que "el ejercicio de esta prerrogativa llevará consigo la obligación, a cargo de la Administración, de indemnizar los daños y perjuicios originados al contratista en los términos establecidos en este Reglamento". Ese deber de indemnizar no es contrapartida - del ejercicio de una prerrogativa, pues obedece a un principio de justicia que impone resarcir a la parte que en el contrato hace gastos o inversiones de las que se lucre la otra. Para evitar el posible enriquecimiento injusto del dueño de la obra, el artículo 1593 CC faculta al contratista para pedir aumento del precio cuando "se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obras, siempre que hubiese dado su autorización el propietario". Y la misma "ratio" se encuentra en el artículo 146 RCE, párrafo segundo. En este sentido es correcta la jurisprudencia que habla del deber de indemnizar como correlativo del "ius variandi" para mantener el equilibrio económico del contrato (22).

III.- CLASES DE VARIACIONES.-

Suelen distinguirse o clasificarse las variaciones que se pueden introducir en la obra en cuantitativas y cualitativas y en contractuales y extracontractuales.

A) Variaciones cuantitativas y cualitativas.- Dice CIANFLONE - (23) que, el supuesto más simple de variación es aquel en que la obra permanece invariable tal como la define el proyecto y sólo se modifica cuantitativamente el coste previsto en el contrato, por ello la prestación del contratista, aunque cuantitativamente modificada, permanece como fue prevista en el proyecto. Este tipo de modificaciones puede estar - -

determinado por la necesidad de realizar la obra con estricta sujeción a su determinación en el contrato o en el proyecto, y esto puede, a su vez, ser debido a error en las previsiones iniciales o a circunstancias imprevistas o imprevisibles, o a circunstancias sobrevenidas.

Las variaciones cualitativas, según el autor citado, consisten en variaciones del proyecto y, por tanto de la obra, dando lugar normalmente a nuevas unidades que sustituyen o añaden a las contempladas en el contrato o en el proyecto. De este tipo de modificación o variación puede seguirse un aumento en el coste del precio de la obra o, por el contrario, permanecer éste invariable. Es decir, que una variación cualitativa puede ser, al mismo tiempo, cuantitativa.

Con todo, esta clasificación no es tan neta en la práctica, -- pues normalmente se combinan las variaciones cualitativas y cuantitativas, y quizás lo más útil de ellas sea ver cómo juegan sus respectivos límites según tendremos ocasión de estudiar más adelante.

Ahora bien, a efectos expositivos, la distinción también puede servir para encuadrar los tipos de variación que regula el Derecho positivo de la siguiente forma:

a) Modificaciones cuantitativas. -- Dos supuestos legales podemos incluir aquí. En primer lugar, la cláusula 62 PCAG prevé las que pudiéramos llamar variaciones simplemente cuantitativas que han de introducirse durante el curso de la obra para la correcta ejecución del proyecto y que están motivadas por deficiencias en sus mediciones. Esta cláusula 62 PCAG, después de prohibir al Director de la obra y al contratista que modifiquen la obra sin la correspondiente tramitación reglamentaria y consiguiente aprobación, establece la excepción para "aquellas modificaciones que durante la correcta ejecución de la obra se produzcan - - -

únicamente por variación en el número de unidades realmente ejecutadas - sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación provisional, siempre que no representen un incremento del gasto superior al diez por ciento del precio del contrato. No obstante, cuando posteriormente a la producción de algunas de estas variaciones hubiera necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de otra naturaleza, habrán de ser recogidas aquéllas en la propuesta a elaborar, sin esperar para hacerlo, a la liquidación provisional de las obras.

Como vemos, en este supuesto el proyecto sigue invariable y la obra debe estar en curso de ejecución con sujeción al mismo. Lo que -- ocurre es que precisamente esa correcta ejecución es la que pone de manifiesto una medición incorrecta (cubicación dice la cláusula 62 PCAG) que se corrige automáticamente dentro del límite del diez por ciento.

El segundo caso de variación cuantitativa, está previsto en los artículos 50 LCE y 150 RCE, y se produce cuando la Administración resuelve introducir en el proyecto modificaciones que produzcan "aumento o reducción y aún supresión de las unidades de obra marcadas en el mismo". - En este supuesto no hay una simple variación cuantitativa resultado de la correcta ejecución, sino que la misma es consecuencia o efecto de la modificación que la Administración introduce en el proyecto, ejercitando así su "ius variandi" y cambiando, por tanto, la prestación del contratista.

b) Modificaciones cualitativas.- Consisten éstas en cambios de un tipo o clase de obra o unidades de obra por otro u otros diferentes - que puedan estar previstos en el proyecto con su valoración o no. Además del cambio cualitativo puede resultar una modificación cuantitativa o --

quedar invariable el valor de la obra después de la modificación.

Todas estas posibilidades se contemplan también en los artículos 50 LCE y 150 RCE. En primer lugar hay que hacer notar que el cambio cualitativo ha de ser consecuencia de una modificación del proyecto acordada por la Administración durante la ejecución del contrato consistente en una "sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que sea de las comprendidas en la contrata". Son cambios cualitativos previstos -- con los que, teóricamente al menos, puede que no se altere la valoración económica de la obra si la unidad sustituida y la nueva tienen el mismo precio. Pero también pueden existir cambios o variaciones cualitativas -- imprevistas, como es el caso de las unidades nuevas objeto de los llamados precios contradictorios, contemplado en el párrafo segundo del artículo 150 RCE que se refiere a las modificaciones del proyecto "que supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en la contrata o cuyas características difieran sustancialmente de ellas". La singularidad de este tipo de variación estriba en que el ejercicio del "ius variandi" de la Administración no se produce plenamente. La Administración puede modificar el proyecto, como en los demás casos estudiados, pero si como consecuencia de la modificación hay que realizar unidades de obra no comprendidas en el contrato o hay que realizar alguna o algunas de las previstas de forma sustancialmente diferente, el contratista, en ambos supuestos, no queda obligado a hacerlo. El artículo 150 RCE establece -- que "los precios de aplicación a las mismas (las unidades de obra nuevas) serán fijados por la Administración a la vista de la propuesta del Director de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia. Si éste no aceptase los precios aprobados quedará exonerado de ejecutar las nuevas unidades de obra y la Administración podrá contratarlas, con otro empresario, en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente" (24).

El mismo régimen es de aplicación en la contratación local, -- pues el artículo 54, b) RCCL también contempla el caso de "materiales, -- obras o prestaciones no previstas ni evaluadas unitariamente".

En la práctica es frecuente que se susciten cuestiones entre -- la Administración y el contratista sobre si una determinada unidad de -- obra estaba ya o no comprendida en el proyecto o si la modificación de -- éste supone o no un cambio sustancial de las características de aquélla. El adverbio "sustancialmente" que emplea el artículo 150 RCE resulta de difícil concreción y deja un margen de discrecionalidad amplio.

Una pauta para la interpretación del adverbio "sustancialmente" que emplea el artículo 150 RCE, puede encontrarse en el artículo 161 RCE que contempla la "alteración sustancial del Proyecto a efectos de la resolución del contrato". Este último precepto dice que "se considerará al teración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten al 50 por 100 del importe del presupuesto.

En definitiva, serán los criterios técnicos y económicos los -- que prevalezcan a la hora de juzgar si hay una nueva unidad aunque apa-- rentemente sea la misma que figuraba en el proyecto. El Consejo de Estado viene tomando en consideración los aspectos técnicos y económicos que inciden en el cambio. Así se desprende del Dictamen de 11 de diciembre -- de 1969 (Expte. núm. 36.402), en el que se dice lo siguiente:

"Que en el presente expediente se contempla no un supuesto de riesgo del contratista, sino uno de ejecución de obra nueva, resulta de modo inmediato de la disparidad entre los precios contratados para la unidad de dragado en terreno ordinario y el coste de ejecución del dragado en roca. En efecto, la experiencia y la técnica permiten a la Administración conocer

de antemano cuál es el coste de cada unidad de obra y sus elementos integrantes, y los precios unitarios fijados en el pre supuesto no hacen sino responder a esos criterios objetivos. De tal modo que, cuando no figura en el cuadro de precios el correspondiente a unas obras técnicamente diferenciadas y de coste notoriamente superior a las previstas, como son en el presente caso las de dragado en roca, forzoso es deducir que dichas obras no forman parte de la contrata y que constituyen obras nuevas a sus efectos. Obligar al contratista a ejecutarlas con arreglo a un precio netamente inferior calculado para unidades de distintas características y a pretexto del riesgo asumido al contratar con la Administración Pública, se ría llevar el principio del riesgo a terrenos que exorbitan manifiestamente de su propio campo de acción".

En otros casos, el mismo Consejo de Estado se ha guiado de cri terios puramente cuantitativos, dejando que la Administración los apre cie para decidir si hay o no unidad nueva. El Dictamen de 20 de abril de 1961 (Expte. núm. 27272) dice a este propósito lo siguiente:

"El único punto que suscita duda es el relativo a cómo debe in terpretarse la expresión vaga del Pliego 'en la mayoría de -- las zonas a dragar'; probablemente no existe otra solución -- sino la de entender que si las zonas de terrenos consolidados son proporcionalmente muy reducidas en extensión y volumen -- respecto a las de arenas sueltas y fango, se está dentro de -- lo contemplado por el Pliego y no en el caso contrario; al -- respecto no cabe sino confiar a la Administración esta deter minación cuantitativa, en vista de la cual si, efectivamente por la misma se llega a la convicción de que las zonas consolidadas son superiores a las contempladas, podría accederse -- a lo solicitado en cuanto al exceso y respecto del dragado -- aún no efectuado".

B) Variaciones contractuales y extracontractuales.-

El segundo término de la clasificación propuesta al principio distingue las variaciones contractuales de las extracontractuales. Como dice CIANFLONE (25), las variaciones, en cierto sentido, son siempre extracontractuales en cuanto introducen en la prestación del contra tista elementos no previstos en el contrato; pero también son contractu

les en la medida en que son resultado del ejercicio de una facultad contractual. Por tanto, con la distinción indicada lo que se quiere señalar es que, por un lado existen variaciones que no pueden ser rechazadas por el contratista sin que incurra en incumplimiento del contrato y, por otro lado, se dan variaciones que están fuera de la obligación del contratista y no se le pueden imponer unilateralmente. Estas últimas se producen en el caso de las unidades de obra nuevas objeto de precio contradictorio, ya examinadas anteriormente y también en el supuesto de las llamadas obras accesorias. La diferencia entre unas y otras las explica CIANFLONE (26) diciendo que las primeras son indispensables para asegurar la adecuación de la obra a su fin cuando se presenten exigencias sobrevenidas; las segundas tienen carácter autónomo y consisten en obras complementarias, extrañas al de la obra considerada no sólo objetivamente sino también en relación con el contrato establecido entre las partes.

Los obras accesorias, dada su naturaleza objetiva, no añaden, por tanto, nada necesario o indispensable a la obra principal, que sin ellas continúa siendo una obra completa susceptible de ser entregada al uso general o al servicio público (artículo 58 RCE). Por ello, el artículo 153 RCE dice que las obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto que durante el curso de la obra principal la Administración estime conveniente ejecutar, deberán ser objeto de contrato independiente y, por tanto, cumplirse los trámites previstos por este Reglamento, es decir, deberán ser objeto de licitación o contratación directa.

Sin embargo, el mismo artículo 153 establece una excepción a la obligación de que las obras accesorias o complementarias deben ser objeto de contrato independiente de las de la obra principal, pues dice que "exceptúase el caso de que aquellas no excedan del 20 por 100 del precio del contrato, cuya ejecución podrá confiarse al contratista de la principal, y de acuerdo con los precios que rigieron en el contra-

to principal y, en su caso, fijados contradictoriamente.

La norma es criticable por servirse de un criterio meramente cuantitativo (ser el valor de la obra accesoria inferior al veinte por ciento), para asimilar la obra complementaria a un aumento de unidades de la principal, lo que ha llevado a entender que debe seguirse la misma técnica de un reformado del proyecto. Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (27). En cambio, el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de febrero de 1982 ha distinguido perfectamente entre lo que es una reforma de proyecto regulada básicamente en los artículos 149 y 150 RCE, de un proyecto adicional referido a obras complementarias o accesorias del proyecto principal, no necesarias para la ejecución total de la obra, sino simplemente convenientes. Según la sentencia estas obras complementarias reguladas en el artículo 153 RCE son siempre objeto de contrato independiente "cuya adjudicación tiene lugar siguiendo los trámites reglamentarios a menos que aquéllas no excedan del veinte por ciento del precio del contrato principal, supuesto en el cual la ejecución puede confiarse al contratista de dicha obra principal quien no tiene obligación de aceptar la propuesta de la Administración. Por consiguiente, el límite del veinte por ciento sirve para eximir o no de unos trámites de adjudicación, pero no quiere decir que sirva para deslindar una simple novación objetiva de un contrato independiente. Porque como -- dice esta sentencia en "la hipótesis del proyecto adicional no se opera una simple novación modificativa del contrato sino que se celebra un nuevo y distinto contrato, cuyo contenido y condiciones serán los que en el mismo se establezcan".

IV.- LOS LIMITES DEL IUS VARIANDI.-

El ius variandi es un derecho limitado por su propia naturale-

za y finalidad. Como derecho contractual que es, el "ius variandi" debe ejercitarse teniendo en cuenta los intereses de la otra parte en el contrato, que no debe quedar a merced de lo que la Administración decida -- por sí misma. Pero, además, las limitaciones al "ius variandi" se impo--nen en atención al fin para el cual este derecho se reconoce a la Admi--nistración, es decir, en atención a que antes o durante la ejecución de las obras surgen necesidades o se plantean problemas técnicos que sólo -- pueden resolverse mediante la modificación de la obra proyectada.

Los artículos 48 LCE y 146 RCE establecen claramente el carácter limitado del "ius variandi" al decir que "una vez perfeccionado el -- contrato la Administración sólo puede modificar los elementos que lo in--tegran dentro de los límites que establece la presente legislación.

1. Clases de límites.-- La doctrina suele clasificar los lími--tes del "ius variandi" en convencionales y jurisprudenciales, formales y materiales y cualitativos y cuantitativos.

La primera clasificación tiene en cuenta la fuente de donde -- procede la limitación. Así LAUBADERE (28) distingue las limitaciones se--gún que procedan de la Doctrina del Consejo de Estado francés o del conte--nido de los propios contratos, ya que los Pliegos contienen normalmente cláusulas que regulan el ejercicio del "ius variandi" y sus limitaciones.

GARCIA DE ENTERRIA (29) distingue las limitaciones al "ius va--riandi" en formales y materiales. Las primeras son consecuencia de la ne--cesidad de observar un procedimiento especialmente establecido para modi--ficar el proyecto. Según este autor estos límites formales se imponen -- concretamente por la necesidad de cumplir los trámites previstos en el -- artículo 136 RCE. Pero sin embargo hemos de indicar por nuestra parte que

este precepto debe ser puesto en relación con otros reglamentarios como vamos a tener ocasión de ver. El citado autor considera como limitaciones de carácter material las que derivan de la norma que establece un porcentaje del valor o precio del contrato que rebasado en más o en menos puede dar derecho a la resolución del mismo (artículos 52 LCE y 157 RCE y 54 RCCL). Advierte este autor que estos límites no son unas barreras u obstáculos que impidan a la Administración modificar el contrato sino "límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración son obligatorias para el contratista", por lo que propone que se hable del "límite de la obligatoriedad de la modificación acordada" (30).

Por último, otros autores utilizan la distinción o clasificación de límites cualitativos y cuantitativos. Así LLORENS (31) considera que existen límites cualitativos porque no pueden imponerse al contratista sin tener en cuenta la finalidad de la modificación, y existen límites cuantitativos porque se han de respetar unos porcentajes de aumento o disminución de la obra contratada.

Las distinciones que se acaban de destacar pueden aplicarse -- perfectamente a nuestro Derecho positivo y pueden reconducirse a la última que ha quedado expuesta con excepción de las llamadas limitaciones -- formales. Por ello vamos a partir de la distinción entre límites cuantitativos y cualitativos, dejando para un momento posterior el examen de las limitaciones formales derivadas de la necesidad de observar un procedimiento.

2. Límites cualitativos.— En un orden lógico la primera limitación impuesta al "ius variandi" responde a su propio sentido. Se puede hablar de una limitación institucional o causal pues está presente en to

da modificación y tiene que valorarse siempre aunque también concurren limitaciones de naturaleza cuantitativa. A su vez, estas limitaciones -- cualitativas se pueden distinguir en subjetivas y objetivas:

a) Limitación cualitativa de carácter subjetivo es la del artículo 149 RCE: "la Administración sólo podrá acordar modificaciones en el Proyecto de obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el Proyecto, cuyas circunstancias deberán quedar debidamente justificadas". Hablamos de limitación subjetiva porque esta norma la refiere a una de las partes, esto es a la Administración, a quien sólo considera legitimada para ejercer el "ius variandi" cuando no ha incurrido en error o en falta de previsión.

En la esfera local también se enuncia una limitación análoga, pues el artículo 54 RCCL dice "que por causas imprevisibles e inevitables o en virtud de motivos de interés público, podrán las Corporaciones modificar las prestaciones de obra o servicio contratados".

Sin embargo, cabe preguntarse si verdaderamente existe este tipo de limitación, es decir, ¿realmente la Administración sólo puede modificar el Proyecto cuando existen necesidades sobrevenidas o causas técnicas imprevistas?.

GARCIA DE ENTERRIA (32) comentando el citado artículo 54 RCCL dice que "debería haber bastado la invocación al interés público contra el cual en todo caso no prevalecería el argumento de que la alteración - pudo efectivamente preverse por los órganos contratantes".

Por nuestra parte consideramos que la Administración no puede quedar atada a sus propios errores e imprevisiones. La negligencia que -

pudiera por ello apreciarse debe o puede tener trascendencia a efectos - de la indemnización a favor del contratista que resulte perjudicado. Mas lo que parece claro es que la Administración puede modificar el proyecto si el interés público así lo exige, con independencia del grado de error o imprevisión que pudiera apreciarse.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa no ha seguido este criterio realista que sustentamos, sino otro de carácter más - - bien doctrinal (33) y así ha declarado que "el ius variandi debe estar justificado en lo que se refiere al contrato de obras en necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el Proyecto. - Es decir, la justificación del ejercicio de la prerrogativa no debe ocultar defectos de previsión o errores del proyecto que, con un estudio más cuidadoso se hubiesen evitado".

Par el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha percatado perfectamente de la inexistencia de limitaciones derivadas de posibles errores o imprevisiones y para ello ha distinguido los motivos del fin de la modificación, dejando los primeros al margen en el momento de enjuiciar la legitimidad del ejercicio del "ius variandi". Así es clara en este punto la sentencia de 13 de noviembre de 1978, en cuyo considerando cuarto se dice lo siguiente:

"... es indiferente que esta alteración parcial que motivó el Reformado, haya sido motivada a error de la Dirección Técnica que confeccionó el Proyecto primitivo, o a un cambio de las - circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, porque a la Administración se le reconoce en la Ley y Regla--mento de Contratos del Estado poder para adaptar las contra--tas a las nuevas necesidades, con el fin de que construya la obra que demanda el interés público, o sea su correcta ejecu--ción que es el sentido finalista que justifica toda la espe--cialidad de las normas reguladoras de esta singular materia - de las contrataciones administrativas, en que el interés general -

es el que debe prevalecer en todo caso".

Por su parte, el Consejo de Estado ha sabido deslindar la idea de imprevisibilidad de la de imprevisto. El Dictamen de 22 de mayo de -- 1975 (Expte. 39.578) aludiendo a una deficiencia de proyecto, señala que no puede equipararse algo no incluido en proyecto pero que debió serlo -- con la noción de imprevisibilidad del artículo 149 RCE. Textualmente se dice en el Dictamen:

"Mas el Consejo de Estado estima que semejante entendimiento de la imprevisión dejaría sin eficacia alguna el precepto, ya que siempre se podría aducir que lo no incluido en un proyecto, -- aunque debiera serlo, se halla efectivamente "imprevisto" en -- él. Lo que el texto citado quiere, sin duda, decir --y mejor lo hubiera hecho, quizá, con la palabra "imprevisibles"-- es que se trate de circunstancias objetivamente imprevistas y no de meras imprevisiones del proyecto".

b) Limitación cualitativa de carácter objetivo es la de que la modificación del proyecto no puede implicar un cambio de naturaleza en -- el objeto del contrato (aliud opus), lo cual pudiera ser intentado por -- la Administración de dos maneras. De forma directa, exigiendo que el contratista efectúe una prestación diferente aunque con los mismos materia- les y demás medios instrumentales previstos para la obra primitiva. Un -- ejemplo de esto nos lo ofrece el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de junio de 1967 (Expediente núm. 27.657) que refiere la transformación de un ferrocarril en una carretera. En el mismo se dice lo siguiente:

"Desde el punto de vista del contratista es claro que, para el ejercicio de su derecho a la rescisión --formalmente ejercita- da en la instancia de 7 de julio de 1960--, no necesita inda-- gar cuál sea la razón de fondo que haya llevado a la Adminis- tración a decretar la suspensión. Pero es que, además, en el presente caso esta razón está administrativamente justificada al haberse cambiado sustancialmente la concepción de las obras

transformando lo que se pensó fuera un ferrocarril en una --
carretera. Por lo demás, al contratista se le dió una orden
de suspensión confirmada por la muy numerosa serie de actua-
ciones administrativas que, reposando sobre la misma, ordena-
ron la instrucción del expediente de rescisión ...".

Pero no es posible sustituir el objeto del contrato porque el
c.o.p. es un contrato de resultado y también de cuerpo cierto. La certe-
za del objeto es requisito esencial del contrato no solamente por aplica-
ción de las normas civiles (artículo 1263 CC) sino también de las normas
específicas de la contratación administrativa, pues el artículo 28 RCE -
dice que "el objeto de los contratos debe ser determinado y su necesidad
para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el
expediente de contratación que también incluirá el expediente de gasto".
De donde se deduce que sobre la fundamentación lógica de la insustituibi-
lidad del objeto se produce la exigencia finalista del servicio público.
Es el servicio público el que reclama una obra en concreto y no otra.

En segundo lugar, la Administración también puede pretender un
cambio de objeto, no ya por el camino de una sustitución o transformación
completa del mismo, sino por el procedimiento de introducir modificacio-
nes sustanciales en la obra proyectada. Estas modificaciones, sin embar-
go, no pueden ser introducidas por la Administración de forma unilateral,
puesto que requieren el consentimiento del contratista para que se pro-
duzca la novación objetiva. El artículo 150 RCE exige el pacto novatorio
"cuando las modificaciones del Proyecto supongan la introducción de uni-
dades de obra no comprendidas en la contrata o cuyas características di-
fieran sustancialmente de ellas". Si este acuerdo no se logra el contra-
tista está exento de ejecutar la unidad modificada, pudiendo encomendar-
se su ejecución a un tercero. Además, la modificación de carácter sustan-
cial da lugar a que cualquiera de las partes pueda pedir la resolución -
del contrato. Los artículos 52 LCE y 157 RCE, apartado 2, consideran cau

sa de resolución del contrato las modificaciones que "representen una alteración sustancial del Proyecto inicial", y el artículo 161 RCE establece que en este caso "la resolución del contrato será potestativa por parte de la Administración o del contratista". Este mismo artículo, como ya se indicó más arriba, contiene un criterio interpretativo sobre qué debe entenderse por alteración sustancial (entre otras -dice- la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten al 50 por 100 del importe del presupuesto).

El Derecho comparado nos ofrece una tendencia a establecer los límites de las modificaciones del proyecto más a base de criterios cualitativos que cuantitativos. Es muy significativa la reforma de 1976 introducida en Francia en esta materia por el CCAG. Como dicen VILLAR, BACHLOT y ROMERO (34), el nuevo CCAG introduce en los "marchés publics" de obra, la regla fundamental de derecho común de contratos según la cual el deudor no puede ser obligado a realizar una prestación diferente de aquella a la que estaba obligado. El artículo 15.22 CCAG precisa los cambios de objeto del contrato que autorizan al contratista a rehusar la ejecución de obras nuevas sólo en los casos en que las mismas "correspondent a des changements dans les besoins ou les conditions d'utilisation auxquels -- les ouvrages faisant l'objet du marché doivent satisfaire". De todos modos hay una resistencia a abandonar los criterios cuantitativos, pues todavía establece el CCAG que el contratista no puede invocar el cambio de objeto para interrumpir los trabajos si la modificación excede de una -- décima parte del precio inicial (art. 15.22).

3. Límites cuantitativos.- Operan estos límites porque la ley exonera al contratista de realizar obras en mayor o menor cuantía que la convenida si se produce un exceso, en más ó en menos, del veinte por - -

ciento del precio del contrato. Los artículos 52 LCE y 157 RCE, ap. 2, consideran como causa de resolución del contrato "las modificaciones del proyecto, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteración del precio del contrato en cuantía superior en más o en menos al 20 por 100 del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial". Análoga norma se contiene en el artículo 54 RCCL.

Como dice CIANFLONE (35) la ley presume que el contratista -- que ha aceptado realizar la obra por una determinada suma, no se perjudica si se aumenta o disminuye la obra dentro de esa suma, y esto permite conciliar su interés con la posibilidad de introducir variaciones en la obra de acuerdo con los intereses de la Administración.

Mientras que en nuestro Derecho existe un solo tipo de limitación cuantitativa (20 por 100), en el Derecho francés de la reforma de 1976, se han introducido limitaciones cuantitativas diferentes en función de la modalidad de remuneración del contratista. Es de un 5 por 100 del precio inicial para los contratos con precio a "forfait"; de un 25 por 100 para los contratos con precios unitarios; y de un 50 por 100 para los contratos por administración. Dicen VILLARD, BOCHELOT y ROMERO -- (36) que esta diferenciación de límites se basa en la constatación de -- que en los contratos "a forfait" la modificación del precio inicial es -- más a menudo causa de perjuicios que en contratos con precios unitarios, mientras que lo es mucho menos en contratos por administración.

La limitación del veinte por ciento no significa que se señale a la Administración una prohibición de modificar el proyecto más allá de ese porcentaje del precio. Lo que se pretende con ese porcentaje es, por un lado, delimitar el derecho potestativo de la Administración y, -- por otro, delimitar el contenido de la prestación del contrato, en el --

sentido de que tal contenido no va referido al importe originario del -- precio pactado sino a una suma que oscila entre cuatro quintos o seis - quintos de dicho importe (37).

Para el cómputo del veinte por ciento hay que tener en cuenta que el límite actúa tanto si se considera aisladamente la modificación como en unión con otras ya producidas anteriormente, según se desprende de los artículos 52 LCE y 157 RCE. Esto supone, a su vez, que el cómputo puede hacerse tanto sobre el precio del contrato como sobre sus sucesi-- vos aumentos.

Varios son los Dictámenes del Consejo de Estado que abordan -- esta cuestión práctica.

El Dictamen de 7 de junio de 1966 (Exp. núm. 34.941), referi-- do al Pliego de 1903, decía lo siguiente:

"La petición del contratista viene amparada por lo dispuesto en el número segundo o, en su caso, en el número primero, del ar tículo 52 del Pliego de Condiciones generales de 1903, puesto que -por lo que respecta concretamente a dicho número segundo- queda acreditado en el expediente que las modificaciones in-- troducidas en el proyecto reformado, referidas a la totalidad del presupuesto de la obra, alteran éste en una proporción -- que excede de la quinta parte, requerida por el expresado pre cepto para dar base a la solicitud de rescisión, siendo dicha rescisión potestativa por parte del contratista, pero obliga- toria para la Administración, que deberá allanarse a dicha pe tición, conforme a lo dispuesto en el párrafo último del men- cionado artículo 52, en la redacción dada al mismo por el - - Real Decreto-ley de 16 de mayo de 1925.

Por lo que se refiere a los efectos de la rescisión solicita- da, vienen previstos en el artículo 56 del propio Pliego, sien do de destacar la procedencia de que dicha rescisión lo sea - sin pérdida de la fianza constituida por el contratista".

Con más precisión el Dictamen de 14 de diciembre de 1967 (Expte. núm. 35.780), referido también al Pliego de 1903, decía lo siguiente:

"El artículo 52 del Pliego de Condiciones generales de 1903 - faculta a las partes para separarse del contrato de obras públicas cuando se altere el presupuesto en más de un quinto -- por modificaciones introducidas en el proyecto, y aunque nada dice el precepto sobre si la cuantía de la modificación ha de computarse caso por caso a efectos rescisorios o si, por el - contrario, debe serlo de forma global -sumándose las modificaciones actuales a las ya efectuadas-, es claro que la inter--pretación más concorde con el fin de la norma será aquella que permita rescindir, cuando de una u otra forma, se haya aumentado o reducido el presupuesto en más de un 20 por 100. De este modo, las sucesivas modificaciones presupuestarias de cuantía inferior al porcentaje legal deben ir adicionándose, y si traspasan en conjunto aquel tope, darán derecho a las partes a pedir la rescisión en los términos previstos por dicho ar--tículo 52.

Puede también suceder que la contrata haya aceptado una modificación del proyecto que, sola o en unión de otras anteriores, exceda del 20 por 100, y que se niegue más tarde a aceptar una nueva modificación que, por si sola, no daría lugar a rescisión. Entiende el Consejo de Estado que la fuerza del -- principio rescisorio que se analiza permite reconocer que, en tal caso, asiste asimismo a la contrata el derecho de separarse del negocio, ya que el hecho de haber sobrepasado el por--centaje del 20 por 100 sin solicitar la rescisión no implica en modo alguno que las nuevas modificaciones del proyecto - - hayan de ser de obligada aceptación, so pretexto de que el -- nuevo reformado no excede del tipo legal. La facultad rescindendi que reconoce a las partes el artículo 52 del Pliego - - juega, en definitiva, siempre que exista diferencia de un quinto entre el presupuesto original de contrata y el resultante de cualquier modificación del proyecto de las obras.

Estas reflexiones permiten resolver derechamente el problema objeto de la consulta. En el presente caso, la contrata, que había aceptado reformas del proyecto por más del 20 por 100 del presupuesto, solicita la rescisión cuando la Administra--ción aprueba un nuevo reformado por un importe inferior a los antes aceptados, pero que, sumado a aquéllos, excede manifiestamente del porcentaje legal. La situación se subsume, pues,

dentro de los comentarios precedentes y a su luz debe ser resuelta, reconociéndose al contratista el derecho a rescindir, con los efectos señalados en el artículo 56 del Pliego y con devolución de la fianza constituida".

El Tribunal Supremo también ha declarado que el veinte por -- ciento debe calcularse del precio del contrato, en el que pueden comprenderse otros aumentos. La sentencia de 25 de septiembre de 1980 dice lo -- siguiente:

"Que desde el lado del contratista, y en cuanto a la resolución potestativa prevista en los arts. 52 de la Ley y 161 del Reglamento, clara es en dichos preceptos la posibilidad de imponerla a la Administración siempre que el proyecto, por inadecuado a características del terreno no observables en el acta de replanteo, resulte inviable por perjudicar al contratista en el 20 por 100 del importe del contrato; supuestos que no se -- dan en el caso aquí examinado, en primer lugar, porque en el cuadro núm. 3 del proyecto los precios tres, cinco y siete -- preven la ejecución de trabajos en roca, y tanto en la demanda como en los informes del Ingeniero Director de la obra a -- que aquélla remite no se concretan labores de esa índole di-- versas o adicionales con respecto a las ya previstas; en se-- gundo lugar, porque en el acta de replanteo de 4 de abril - - 1968, firmada por el contratista y el susodicho Ingeniero Director, consta expresamente "... se llega a la conclusión de que la obra debe realizarse sin ninguna modificación al proyecto"; y en tercer lugar, porque el módulo diferencial del 20 por 100 va referido, en los citados arts. 52 núm. 2 de la Ley y 161 del Reglamento, al importe del contrato, aquí 3.024.501, 79 pesetas mientras que en la demanda sólo se invoca la diferencia entre 1.752.662 pesetas que se asignan a la parte de -- obra ejecutada y 1.370.789 a que ascienden los pagos sobre -- certificación, con diferencia, por tanto, de 381.873,68 pesetas, ciertamente superior al 20 por 100 de la obra ejecutada, pero inferior al 20 por 100 del importe del contrato; sin que el accionante acredite otros excedentes de coste, efectivos o potenciales, que incrementaren la expresada diferencia hasta hacerle rebasar el expresado módulo legal, haciéndose imposible, a virtud de todo ello, la resolución del contrato sin pérdida de fianza pretendida por el empresario demandante".

En cambio, nuestro derecho no toma en consideración el aumento o disminución de una unidad de obra considerada en sí misma, es decir, comparando la prevista en proyecto con la resultante de modificación. La cuestión tiene importancia práctica porque puede suceder, y sucede muchas veces, que una unidad de obra es objeto de un significativo aumento o disminución que puede llegar a superar el límite del veinte por ciento de su medición y sin embargo, por su combinación con los aumentos o disminuciones de otras unidades, no dé lugar a una modificación del proyecto que exceda del precio del contrato en un veinte por ciento, en más o en menos. Esto puede ocurrir cuando se contrata a base de precios unitarios combinados con un presupuesto final como es el caso de nuestro Derecho, según tendremos ocasión de estudiar. Cuando se aplica este sistema, el contratista estudia las distintas unidades combinando sus mayores o menores costes para dar su precio final. Por ello puede suceder que se aumente después una unidad en la que el coste sea mayor que el precio calculado, incrementándose la pérdida prevista, o que se reduzca la unidad en donde se había previsto mayor ganancia por ser su coste inferior al precio.

El Derecho francés ha tomado en consideración las variaciones en las cantidades relativas de cada unidad de obra, aunque el precio total del contrato resulte inalterado. Según el artículo 17 CCAG ello es posible en caso de obras contratadas por precios unitarios y cuando la modificación es consecuencia de órdenes de servicio o de circunstancias que no sean debidas a falta de actos del contratista. La variación de la cantidad ejecutada debe exceder de un tercio en más o de un cuarto en menos de las cantidades presupuestadas y además sólo se aplica a unidades de obra que representen una vigésima parte del conjunto de la obra. Pues bien si se dan estos requisitos se reconoce en el artículo 17 CCAG una indemnización por el perjuicio que puede sufrir el contratista, cal-

culando la diferencia entre las cantidades realmente ejecutadas y las cantidades previstas aumentadas en un tercio o disminuídas en un cuarto.

Por otra parte, la posibilidad de combinar los aumentos con las disminuciones de unidades de obra pueden facilitar modificaciones que cabría llamar "interesadas" por parte de la Administración. Si ella no quiere pasar del límite del veinte por ciento del precio del contrato puede intentar compensar un aumento excesivo en una unidad de obra con disminución de otras unidades con esa exclusiva finalidad.

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en un - caso en que se daba la situación aludida y la doctrina que sentó fue la siguiente:

"I. Supuesta la voluntad de la Administración de mantener las partidas suprimidas, por ser necesarias para el correcto funcionamiento del Centro hospitalario, es claro que se está en el supuesto de modificaciones sucesivas del proyecto que impli--can, conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en - cuantía superior, en más, al 20 por ciento del importe de - - aquél.

Estas alteraciones y modificaciones en esa cuantía constituyen causa de resolución del contrato, según el artículo 157,2 del Reglamento General de Contratación, de 28 de diciembre de - - 1967, para la aplicación y desarrollo de la Ley de Contratos - del Estado.

Según el artículo 161 del propio Reglamento, la resolución es potestativa por parte de la Administración y del contratista, debiendo allanarse cualquiera de las partes cuando la otra reclame su derecho a la misma. El contratista la ha pedido en - su escrito de 6 de noviembre. Hay, pues, que acceder a ella.

Naturalmente que tal resolución es sin pérdida de la fianza, debiendo procederse a la medición y abono de la parte de obra ejecutada pendiente de pago.

II. Se ha partido de la voluntad de la Administración de man tener las partidas que, en un primer momento, quiso suprimir en el proyecto con objeto de no rebasar el 20 por ciento de incremento, porque tal parece ser la que se desprende del ex pediente y de la propuesta.

Pero, si creyese que no es esa su voluntad, este Alto Cuerpo Consultivo no modificaría su conclusión de ser procedente la resolución, puesto que está, por un lado, afirmado: por los - Servicios Técnicos que las partidas suprimidas son necesarias para el perfecto funcionamiento del Centro y, por otro, no es admisible que la Administración altere los proyectos, no se--
gún las necesidades reales sentidas, sino de acuerdo con las
combinaciones factibles para no sobrepasar los porcentajes de
incremento. Estas actuaciones con los reformado que podrían
llegar a constituir un fraude de Ley, propiamente tal, son --
contrarias al principio de que las obras deben proyectarse de
manera cabal y completa, consagrado en el artículo 21 de la -
Ley de Contratos del Estado.

Dice tal artículo: "Los proyectos deberán referirse necesaria mente a obras completas entendiéndose por tales las suscepti bles de ser entregadas al uso general o al servicio correspon diente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que - posteriormente puedan ser objeto, y comprenderán todos y ca-- da uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra".

Resulta difícil de explicar, como la Empresa contratista tam-- bién aduce, la supresión de la unidad de instalación para aco metida de agua y las unidades para acometida de energía eléc-- trica, alumbrado exterior y urbanización exterior, sin las -- que el Centro hospitalario quedará sin elementos esenciales y sin accesos.

Tampoco se observaría, con la pretendida supresión de unida-- des, el contenido del artículo 149 del Reglamento General de Contratación del Estado sobre las modificaciones en los proyec tos, que deben responder a necesidades nuevas o causas técni camente imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto. La - alteración, para no sobrepasar el 20 por ciento, tiene una -- orientación extrínseca al margen de la fundamentación racional que el artículo requiere".

V.- PROCEDIMIENTO DE MODIFICACION.-

La modificación de un proyecto requiere que la Administración la acuerde. Es necesario que se produzca formalmente un acto administrativo de aprobación mediante la tramitación de un procedimiento especialmente establecido al efecto.

Este procedimiento no es consecuencia de la naturaleza intrínseca de la modificación. En principio bastaría para que la modificación tuviera fuerza de obligar con el acuerdo de las partes o con la comunicación de la decisión de modificar, según que la variación pretendida exceda o no de las limitaciones cuantitativas y cualitativas que ya conocemos.

La exigencia de un procedimiento viene impuesta como consecuencia de los controles a que está sujeta la Administración, por razones presupuestarias o del gasto público. Por ello se prevé la intervención de -- órganos concretos con competencias específicas y la necesidad de un -- acuerdo formal de modificación en el que quede precisado cómo queda alterado el proyecto y su contrapartida que es el precio.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado la necesidad de que la modificación se sujete a un procedimiento. Así, la STS de 25 septiembre de 1980 declara que "sometida la contratación administrativa al principio de garantía procedimental, toda modificación requiere -- acuerdo del órgano competente". Sin embargo, la misma jurisprudencia no ha tenido más remedio que admitir también la eficacia de la voluntad de las partes, haciendo abstracción del procedimiento administrativo, con lo que se demuestra una vez más el carácter de "añadido" que tienen los requisitos procedimentales y que, en último término lo que prevalece es la lógica interna del pacto o contrato. Esto vamos a poder verlo ensegui

da al examinar el procedimiento en concreto.

1. Requisitos subjetivos.- Se refieren a la competencia del -
órgano que puede intervenir vinculando a la Administración y a la nece-
sidad de que el contratista tome parte en el procedimiento.

Respecto a la competencia debemos distinguir la necesaria pa-
ra iniciar el procedimiento y la exigida para su conclusión o resolu- -
ción.

Organo competente para iniciar el procedimiento es la Direc--
ción de obra. El contratista puede promover pero no iniciar el procedi-
miento, pues aunque él lo pida no se excluye la intervención inicial de
aquéel órgano administrativo, pues como dice la cláusula 59 PCAG "cuando
sea necesario introducir modificaciones en el proyecto de las obras que
rige el contrato el Director redactará la oportuna propuesta ...".

La competencia para acordar la resolución del procedimiento -
de modificación viene establecida en los artículos 48 LCE y 147 RCE, se
gún los cuales "la modificación del contrato cuando sea causa de resolu-
ción deberá ser acordada por el órgano de contratación competente, pre-
via autorización del Consejo de Ministros en los casos a que se refiere
el artículo 8º de esta Ley (21 RCE). Si la modificación no fuere causa
de resolución, será acordada, en todo caso, por el órgano de contrata--
ción". Este precepto distingue, pues, para atribuir la competencia se--
gún que la modificación pueda dar lugar a no a la resolución del contrag
to por superarse los límites del veinte por ciento del presupuesto del
contrato, en más o en menos, como caso más típico. En cambio, no delimii
ta la competencia el hecho de que intervenga o no el Consejo de Minis--
tros, pues esta intervención no depende de que el contrato vaya a resoli

verse o de que quede modificado, sino de que el contrato tenga un plazo superior al de vigencia del presupuesto correspondiente o de que el presupuesto del contrato excede de quinientos millones de pesetas.

Por consiguiente, los artículos 47 LCE y 147 RCE atribuyen -- competencia al "órgano de contratación competente" cuando la modifica-- ción puede implicar la resolución del contrato, y al "órgano de contra-- tación" cuando no cabe la posibilidad de que el contrato se resuelva. ¿ Mas qué diferencia existe entre estos dos órganos?. Porque si de lo que se trata es de conocer o saber cuál es el requisito de la competencia, no podrá determinarse a base de afirmar que unas veces interviene el -- órgano al que se le califica o denomina competente y en otros el que no merece este calificativo.

La defectuosa redacción de esos artículos podría superarse -- quizá a base de entender que si la modificación entraña la resolución - del contrato, es necesario el acuerdo del Jefe del Departamento ministe-- rial que es el órgano de contratación con competencia originaria (artí-- culos 7 LCE y 19 RCE) sin que quepa la desconcentración o delegación -- prevista en estos últimos artículos. En cambio si la modificación no es causa de resolución del contrato puede acordarla tanto el Jefe del De-- partamento Ministerial como el órgano en que haya delegado.

En el ámbito local la competencia está atribuida, tratándose de Ayuntamientos, al Pleno, y a la Comisión Permanente, cuando la dura-- ción del contrato no excede de un año o no se exijan créditos superio-- res a los consignados en el presupuesto anual del ejercicio (artículos 121, d) y 122 b) LRL). Las Diputaciones Provinciales son competentes --

cuando el plazo del contrato es superior a un año o se exijan recursos superiores a las consignaciones del presupuesto ordinario, y es competente su Presidente en los demás casos (artículos 268 e) y 270 f), LRL).

Por último, el contratista ha de intervenir en el procedimiento según prevean las normas especiales que se contienen en el artículo 136 RCF y cláusula 59 PCAG.

2. Requisitos objetivos.- Es necesario que se trate de una verdadera modificación del Proyecto y no de una simple variación de detalle o de otro proyecto diferente.

No mencionan la LCE y RCE, de forma expresa, la posibilidad de que el proyecto sufra variaciones de detalle, pero aparte de imponerlo - así la lógica y admitirse sin problemas en la práctica de los pliegos - de prescripciones técnicas, es indudable que la facultad de introducir variaciones para ajustar el proyecto a la realidad de cada obra, está implícitamente reconocida en los artículos 44 LCE y 130 RCE, al hacer obligatoria para el contratista las instrucciones que reciba el Director de la obra como intérprete del proyecto. En cambio de modo explícito el artículo 53 RCCL dice que "será obligatorio para el contratista la aceptación de variaciones de detalle que no alteren sustancialmente los pliegos de condiciones ni los precios establecidos". Pues bien, estas variaciones de detalle no entrañan jurídicamente una modificación de proyecto y no han de someterse, por tanto, al procedimiento que aquí estamos estudiando.

La modificación del proyecto se desvirtúa por exceso cuando de lo que se trata es de un proyecto diferente. Esto jurídicamente significa la sustitución del objeto del contrato por otro diferente (aliud pro alio), o la adición de una obra diferente a la ya contratada, para lo -

cual ni la Administración ni el contratista están habilitados. La certeza del objeto del contrato (artículos 11 LCE y 28 RCE) implica también su identidad y ésta se refuerza en el c.o.p. por las exigencias del interés público concretadas en este caso por la necesidad de no realizar una obra diferente de la contratada, ni emplear por consiguiente los fondos públicos que para ésta se asignaron. La nulidad de una modificación con este alcance surge, además, porque de hecho supone encomendar o adjudicar directamente a un contratista una obra que debe ser objeto de contrato independiente que ha de celebrarse con todas las garantías de la licitación pública. El Consejo de Estado ha llamado reiteradamente la atención sobre esta cuestión. El Dictamen de 10 de mayo de 1962 (Expte. núm. 28.861) dice a este respecto lo siguiente:

"La oportuna objeción formulada por el Centro Interventor, en su informe de 27 de noviembre de 1961, viene a insistir sobre lo que ya ha sido resaltado también múltiples veces por el Alto Cuerpo Consultivo a propósito de estas pretendidas adjudicaciones adicionales de obra a los contratistas adjudicatarios de las primitivas; esto es, sobre la necesidad de distinguir cuidadosamente lo que puede constituir un reformado de un proyecto anterior en trámite de realización, es decir, -- mientras las obras se están construyendo, y lo que son, en realidad, obras distintas o, al menos, no pueden calificarse de un auténtico reformado, aunque guarden relación con otras precedentes. 'Porque si se tratase de un reformado, de modificaciones introducidas durante la ejecución del contrato ya -- celebrado con determinado contratista y que afectan naturalmente a tal contrato, sería de aplicación lo que siempre se -- hace en estos casos de propios reformados (adjudicación a la empresa constructora de las obras primitivas), cumpliendo, -- además, la audiencia de este Consejo de Estado, según lo prevenido en todo el artículo 60 de la Ley de Administración y -- Contabilidad. Pero si no se trata de modificaciones de un contrato precedente, sino de nuevas obras, la adjudicación directa sólo podría justificarse mediante la concurrencia de alguno de los motivos de excepción que se señalan en el artículo 27 de la repetida Ley de Administración y Contabilidad'".

3. Requisitos formales.- La modificación del objeto, esto es, de la obra proyectada se sujeta a formas especiales. Primero porque toda modificación del c.o.p. debe formalizarse en documento administrativo (artículo 150 RCE), y segundo porque especialmente la modificación del proyecto debe constar en documentos "que justifiquen, describan y - valores aquélla", como dice la cláusula 59 PCAG. Todo ello con independencia de tener que tramitarse la modificación con la garantía de un procedimiento administrativo.

De todos modos, las formas legales no son tan esenciales como para determinar la nulidad de la modificación, pues pueden considerarse - válidas a efectos de que el contratista pueda exigir a la Administración el importe de la obra que dicha modificación haya supuesto. Fundamentalmente para la contratación local, la jurisprudencia ha hecho prevalecer el derecho del contratista a cobrar el precio de la obra ejecutada sobre la necesidad de observar unas determinadas formalidades. La STS 12 de -- febrero 1979, contiene la siguiente doctrina:

"CDO.: Que partiendo acertadamente la Sentencia de que las órdenes técnicas, que en el caso se concretaban en el replanteo de las obras sobre el terreno por tramas en el momento de ejecutarse y no previamente según el proyecto contratado, modificaron el perfil de la carretera determinando una mayor excavación en roca y menor en tierra (junto a disminución en las -- obras de terraplen e incremento de las de desmonte) con las - consecuencias de una variación sustancial en el precio resultante según los calculados para una y otra clase de excavación, es evidente que, aun no demostrado que las órdenes de-- terminantes de la modificación en las prestaciones de obra se impartiesen según todos los requisitos reglamentarios exigidos por los arts. 53 y 54 del Reglamento de Contratación de las - Corporaciones Locales, es lo cierto que el contratista los -- acató ejecutando la obra según los mismos y de modo que, según la prueba, el resultado era incluso de mejor calidad; de ahí que en todo caso procediese aplicar la doctrina, ya reiterada en estos casos, que flexibiliza la aplicación de los artículos

citados en el sentido de que pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa de modificación se ejercite dentro de los límites objetivos previstos y de las normas de competencia y procedimiento asimismo expresas, la aplicación del principio del enriquecimiento injusto determina el reconocimiento de ciertos excesos de obra sobre el proyecto efectivamente ejecutados según órdenes de la propia Administración -- incluso cuando esas órdenes adolezcan de algún vicio no imputable al contratista-S. de 15 marzo 1978 (R. 1164) con las anteriores que la misma cita-; y en el caso presente debe partirse de la base de que las modificaciones tuvieron lugar como consecuencia del replanteo de la obra por tramos, (extremo reconocido por el Ingeniero de la Diputación) y por tanto -- emanadas de quien, al menos a tenor del art. 53 núm. 2, tenía facultades para que sus órdenes fuesen acatadas por el contratista en la normal ejecución del contrato".

4. Tiempo.-- La modificación del proyecto está sujeta a unos límites temporales. El tiempo de la modificación está acotado, de un lado porque debe ser anterior o previa a la realización de la obra objeto de aquélla, de otro porque no puede ser posterior a la realización de la obra que se quiere modificar o, más exactamente, no puede llevarse a cabo si la obra ya ha sido recibida por la Administración.

La limitación primeramente señalada es consecuencia de la -- prohibición impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación así como del presupuesto correspondiente (cláusula 62 PCAG). Sin embargo, la realidad rebasa con frecuencia esta prohibición. Las necesidades técnicas de la obra, y no pocas veces la propia ejecución de las mismas, no permite en muchas ocasiones esperar a que se cumplan todos los trámites necesarios, (no muy sencillos y expeditivos como se ha de ver), para que la modificación quede debidamente aprobada. Así pues, no es raro que los "reformados" se aprueben a "posteriori" para convalidar la situación creada con la ejecución material de la modificación.

El Consejo de Estado se ha visto obligado con cierta frecuencia a llamar la atención sobre la ilegalidad de las obras ejecutadas - sin aprobación. El Dictamen de 3 de abril 1979 (Exp. 39.271) dice a este respecto lo siguiente:

"El Consejo de Estado debe reiterar, una vez más -como lo ha hecho en anteriores ocasiones-, la absoluta necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación. Las soluciones al margen de la Ley, a las que en ocasiones se acude buscando una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público, se traducen en no pocas ocasiones en una mengua de esta agilidad y eficacia, en demoras en la consecución del interés público e incluso en cuantiosos perjuicios para el Tesoro público.

En el supuesto actual, el hecho de que el contratista hubiera comenzado a ejecutar el adicional -aún no adjudicado- ha llevado a la solución de adjudicárselo en un momento en que las obras estaban ya paralizadas y en que era fácil presumir el incumplimiento del adicional. Hubiera sido mucho más lógico resolver el contrato primitivo -si el contratista había ya incumplido el plazo total-, o acudir a esta misma resolución basándose en el imparte de la modificación y al amparo del artículo 161 del Reglamento General de Contratación. En todo caso, al haberse comenzado a ejecutar un adicional antes de su existencia jurídica y, por tanto, sin ajustarse al ordenamiento- se ha creado una situación equívoca que se ha traducido, en la práctica, en una menor agilidad y eficacia de la que hubiera podido conseguirse".

Mas a pesar de la validez de estas consideraciones, no es fácil que en la práctica desaparezca lo que cabría llamar "reformado anticipado". Muchas veces, la propia dinámica de la obra en ejecución obliga a realizar la reforma sin esperar a obtener la aprobación; pues la - suspensión de los trabajos por este motivo puede producir un perjuicio económico a la propia Administración.

5. Tramitación.- La determinación de cuáles sean los trámites

que deben seguirse para que la modificación del proyecto quede aprobada, suscita alguna cuestión. En principio, podría entenderse que la pauta a seguir es la establecida por el artículo 136 RCE que ya vimos establece la necesidad de un expediente contradictorio para tramitar, con carácter general, cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en ciertos casos como es "la necesidad de modificar las condiciones contractuales". Sin embargo, el propio artículo 136 establece la --salvedad de lo establecido en la legislación de contratos del Estado para casos especialmente tratados. A nuestro juicio uno de estos casos es precisamente la modificación del objeto del contrato que aunque supone un cambio de las condiciones contractuales tiene sin embargo un trata--miento especial.

Efectivamente, la cláusula 59 PCAG señala los trámites que --han de cumplirse sustancialmente como son la propuesta del Director, la audiencia del contratista, el informe de la oficina de supervisión de --proyectos y la fiscalización del gasto. Mas tampoco son estos los úni--cos pasos que deben darse, pues otras normas hacen intervenir a determi--nados órganos además de aquéllos, de modo que el procedimiento resul--ta ser bastante más complejo que el previsto en el artículo 136 y en --la propia cláusula 59 PCAG.

Así pues, los trámites que han de observarse para modificar o reformar el proyecto son los que a continuación se indican:

12.- Propuesta del Director de la obra, integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla (cláusula 59 PCAG). Estos documentos son la memoria (justificación), los planos y pliego de prescripciones técnicas particulares (descripción) y el presupuesto (valoración), porque en definitiva, se trata de redactar un proyecto que --tendrá que ajustarse a las mismas normas que rigieron para el que es --

objeto de reforma (artículo 63 a 72 RCE).

2º.- A continuación, el proyecto debe ponerse de manifiesto - al contratista. Es el llamado trámite de audiencia (cláusula 59 PCAG) - que no tiene por objeto obtener un acuerdo con efecto vinculante para - las partes, sino simplemente facilitar la tramitación del reformado. El contratista puede hacer las manifestaciones que le convengan sobre los aspectos técnicos del proyecto en los tres aspectos ya indicados de la justificación, descripción y valoración. Sus alegaciones sirven así para depurar el proyecto reformado, pero no para dar su consentimiento, - pues el objeto o la materia de éste es algo todavía provisional. La Administración no le hace en este momento una oferta firme de modificación, sino que simplemente le informa de la existencia del reformado en trami tación. Bien es verdad que si en este momento el contratista ya manifiesta su voluntad de no aceptar la modificación, particularmente cuando -- puede rechazarla (artículos 52 LCE y 157 RCE), la Administración puede variar el curso de su decisión, esto es, puede transformar el expediente de modificación del proyecto por otro de resolución del contrato. Pe ro aún con esto, no puede considerarse este trámite de audiencia como - el vehículo de un acuerdo de voluntades entre las partes, de carácter -- contractual y por tanto vinculante.

3º.- Oído el contratista, el proyecto se depura ahora dentro de la propia Administración por medio del informe que debe emitir la -- oficina de supervisión de proyectos del Departamento ministerial corres pondiente. Este órgano tiene la misión, entre otras, de examinar las mo dificaciones de los proyectos, incluso en su comprobación aritmética, - recabando las aclaraciones, ampliaciones de datos o estudios, o rectifi caciones que crean oportunas, y exigiendo la subsanación o subsanando por sí mismo los defectos observados (artículo 76 RCE).

4º.- Después de esta supervisión del proyecto reformado, puede recaer lo que en la práctica suele denominarse aprobación técnica. Esta corresponde al Jefe del Departamento o a la Autoridad en quien -- haya delegado o desconcentrado esta facultad, pues debe aplicarse en este punto la misma norma que rige para la aprobación del proyecto en la fase de preparación del contrato (artículo 78 RCE).

5º.- Seguidamente, el reformado es objeto de examen o estudio desde el punto de vista jurídico pues es preceptivo el informe de la -- Asesoría Jurídica según disponen los artículos 18 LCE y 51 RCE.

6º.- Además, hay casos en que el informe jurídico es todavía más depurado, pues se hace intervenir al Consejo de Estado. De acuerdo con los artículos 18 LCE y 51 RCE, este Alto Cuerpo Consultivo debe emitir su dictamen en los contratos cuyo precio sea superior a 500 millones de pesetas y sean objeto de una modificación que exceda del 20 por 100 del precio del contrato.

7º.- Cuando ha de dictaminar el Consejo de Estado, el expediente de modificación también debe ser informado previamente por el Consejo de Obras Públicas y Urbanismo. El Reglamento de este Consejo de 10 - de noviembre de 1979 prevé su informe en "las modificaciones sustanciales de orden técnico o económico" (artículo 6º) y en "los asuntos que - se someten al dictamen del Consejo de Estado".

8º.- Como la modificación de un proyecto afecta a obligaciones de la Administración de carácter económico, con independencia de su alcance en cada caso concreto, es necesario que el reformado quede fiscalizado por la Intervención General de la Administración o de sus Delegaciones en los Departamentos Ministeriales. A estos órganos les corresponde la "intervención crítica o previa de todo acto, documento o expe-

diente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico (artículo 93 LGP).

92.- Fiscalizada la modificación del proyecto, el órgano de contratación puede ya resolver sobre su aprobación definitiva, la cual tendrá que ser notificada al contratista, que podrá interponer los recursos que procedan.

VI.- EFFECTOS DE LA MODIFICACION.-

1. Obligatoriedad de la modificación.- La modificación del -- proyecto antes de ser aprobado no produce efectos vinculantes entre las partes y sólo como consecuencia de su conducta tácita, apreciada por los órganos jurisdiccionales, pueden darse efectos relativos al pago de su valor al contratista que la ejecuta de buena fe, según ya tuvimos ocasión de ver más arriba. En otro caso, la falta de aprobación da lugar a responsabilidad para los funcionarios y para el mismo contratista (artículo 155 RCE) según ya también estudiamos en el epígrafe I de este -- mismo capítulo.

Una vez obtenida la aprobación de la modificación, su eficacia es distinta según aquélla traspase o no los límites cuantitativos o cualitativos que ya conocemos. Si la modificación está dentro de esos -- límites, la Administración debe exigir su cumplimiento y el contratista tiene el deber de aceptarlos con carácter ejecutivo (artículo 18 LCE y 52 RCE), con independencia de los recursos que quiera establecer contra el acto de aprobación.

Si, por el contrario, la modificación excede de los límites -- indicados, su ejecución no puede ser impuesta al contratista. Tampoco -- en estos casos está obligada la Administración a ejecutar la modifica--

ción pues el artículo 161 RCE dispone que "la resolución del contrato - será potestativa por parte de la Administración o del contratista cuando tengan lugar modificaciones del proyecto, aunque fueran sucesivas, - que implique, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos al 20 por 100 del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial. En ambos casos, cualquiera de las dos partes contratantes, si se cumplen los requisitos expuestos, deberá allanarse a la resolución cuando la -- otra parte reclame su derecho a la misma".

Ahora bien, si la Administración opta por la resolución del - contrato no procederá a aprobar la modificación para después resolver - el contrato, sino que tan pronto como tenga los datos técnicos y económicos de la modificación proyectada, pondrá en marcha el expediente de resolución del contrato.

2. Efectos novatarios.- Acordada la modificación del proyecto, por la Administración, o consentida por las partes si excede de los límites legales, se produce una novación objetiva de carácter forzoso en el primer caso y voluntario en el segundo.

Esta novación es modificativa y no extintiva. La novación es del objeto del contrato (artículo 1202 CC) pero sin dar lugar a una extinción del vínculo (novación extintiva). El Consejo de Estado (38) ha - subrayado este carácter simplemente modificativo de la novación, afirmando que una vez producida ésta, lo que existe es un solo contrato, el denominado contrato primitivo, si bien modificado. Y también la Junta - Consultiva de Contratación Administrativa ha considerado que el contrato afectado por la novación objetiva obliga a las partes en las mismas condiciones que el contrato inicial (39).

Consecuencia del carácter modificativo de la novación es que subsisten las obligaciones accesorias (artículo 1207 CC "a contrario sensu"), si bien en el caso del c.o.p. esas garantías pueden quedar modificadas. La fianza prestada puede resultar insuficiente o, por el contrario, excesiva si, respectivamente, el precio del contrato se ha incrementado o disminuído. Juega aquí la regla de la proporcionalidad de la fianza, de acuerdo con lo establecido en los artículos 117 LCE y 360 RCE, que a este respecto dicen que "cuando a consecuencia de la modificación del contrato experimenta variación el valor total de la obra contratada, se reajustará la fianza constituída en cuantía necesaria para que se mantenga la debida proporcionalidad entre la fianza y el presupuesto de la obra".

3. Efectos sobre el precio y el plazo.— La modificación objetiva del c.o.p. da lugar, aunque no siempre, a una alteración del presupuesto de la obra, de modo que la prestación a cargo de la Administración también resulta novada. Pero esta novación modificativa sólo actúa sobre la cuantía del precio pero no sobre las condiciones o forma de pago. Por lo demás, no hace al caso cuestionarse sobre las garantías, toda vez que la Administración nunca las presta a favor del contratista.

La modificación de la obra proyectada puede tener también su repercusión en otro elemento muy importante del contrato como es el plazo. Aquí también existe una regla de proporcionalidad, pues el artículo 149 RCE dice que "cuando las modificaciones del proyecto representan -- variación en más o en menos en el presupuesto de las obras será reajustado su plazo de ejecución, sin que pueda ser aumentado o disminuído en mayor proporción que en la que resulte afectado el presupuesto". Sin embargo, debemos entender que también tendrá que existir una proporcionalidad o adecuación en aquéllos casos en que la modificación de la obra sea sólo cualitativa y no produzca variación en el presupuesto. La Admi

nistración no tendrá más remedio que otorgar un aumento y , en su caso, establecer una reducción del plazo si la correcta ejecución de la - prestación del contratista, una vez modificada, así lo exige.

Además, la variación del plazo ha de repercutir lógicamente - en la programación de la obra. Normalmente, los plazos contractuales - son plazos programados, de modo que se intercalen varios plazos parciales en el total de ejecución (artículo 128 RCE). Por ésto, la modificación del proyecto llevará, como consecuencia, el reajuste del programa de obra o programa de trabajos. El artículo 152 RCE prevé que si la modificación del proyecto produce un desajuste entre las anualidades establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares integrado en el contrato y las necesidades reales en el orden económico que el normal desarrollo de los trabajos exija, la Administración procederá a reajustar las anualidades siempre que lo permita el remanente de los -- créditos aplicables de que disponga el Departamento ministerial correspondiente. Y este mismo precepto dispone que "cualquier reajuste de las anualidades exige la revisión del programa de trabajo, acoplándolo a -- las también nuevas circunstancias, y precisará la aprobación de la Admnistración".

Hay que advertir que el mismo reajuste del programa de obra - se tendrá que producir cuando el reformado del proyecto exija una distribución de tiempo diferente de la inicialmente pactada, aunque no exista repercusión económica y por consiguiente necesidad de reajustar las - - anualidades.

4. Cooperación de la Administración.- El contratista necesita de la colaboración de la Administración para realizar la obra de acuerdo con la modificación del proyecto una vez ha sido aprobada.

De manera inmediata, la colaboración se traduce en proporcionar toda la documentación e información necesaria para el cabal conocimiento de la modificación y su alcance. La cláusula 59 PCAG dice "que una vez dicha aprobación se produzca (la de la modificación), la Administración entregará al contratista copia de los documentos del proyecto que hayan sido objeto de nueva redacción motivada por variación en el número de unidades o por la introducción de unidades nuevas. Estas copias serán autorizadas con la firma del Director."

Posteriormente esta colaboración se producirá en términos análogos a como ya vimos que tiene lugar durante el desarrollo de las obras. Será normalmente necesario replantear el proyecto reformado y comprobarlo con el contratista, y una vez iniciadas las obras su completa ejecución se hará bajo las órdenes e instrucciones que dé la Administración, para que la obra pueda ser entregada por el contratista y recibida por aquélla.

5. Responsabilidad administrativa.- La modificación del reformado no agota sus efectos en el seno del contrato, pues también puede dar lugar a una responsabilidad de los funcionarios autores o supervisores del proyecto, con independencia de que la modificación se lleve a cabo.

El artículo 154 RCE es muy claro a este respecto, pues dice - que "cuando se hiciera precisa la modificación de los proyectos y resultaran indicios de que ello se debe a defecto o imprevisión imputable a sus autores o supervisores podrá ordenarse la práctica de una investigación por el Ministro correspondiente o por quién ostente delegación bastante al efecto, procediéndose con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo y a las normas del Departamento o Cuerpo de que se trate".

Y también añade el mismo artículo 154 RCE que "la aprobación de los proyectos por la Autoridad competente no exonera a los funcionarios responsables de los mismos efectos o imprevisiones en que se haya incurrido o les sean imputables".

N O T A S

(1) STS 10 de marzo 1972, 22 diciembre 1975, 11 octubre 1979, entre otras.

(2) STS 16 de diciembre 1974.

(3) La STS de 22 de enero 1955 dice: "Que aparte o con independencia de la perspectiva contractual no puede ignorarse la existencia en el campo del Derecho Administrativo, de otras fuentes de las que surgen obligaciones de tal carácter, tales como la -- llamada gestión de negocios de la Administración, trasplante a este campo de la teoría de la "negotiorum gestio", que si bien una parte de la doctrina combate en base de la "prohibitio domini", la mayoría admite la posibilidad, al menos, del ejercicio de una acción "in rem verso", sirviéndole de soporte el enriquecimiento experimentado, en este caso, por el patrimonio del ayuntamiento demandado ...". La sentencia 22 febrero 1980, al referirse a los aumentos de obra dice que "éstos sólomente pueden producir el efecto de su abono cuando sean consecuencia de modificaciones legítimas ordenadas por la Administración en uso de las potestades atribuídas al efecto por razones de interés público en el artículo 54 del Reglamento de Contratación citado, o las meras variaciones de detalle que puede disponer según el 53; o como consecuencia de la aplicación del principio de enriquecimiento injusto que a su vez, como una interpretación flexible de estos preceptos en orden a la modificación del contrato, determina el abono de las modificaciones pero no como consecuencia simple de su ejecución por el contratista sino por haber sido ordenadas o admitidas por la Administración, con infracción de las normas de procedimiento, tal como esta Sala ha interpretado en sentencia de 16 de diciembre de 1974 o 15 de marzo de 1978 y las que en -- ella se citan".

(4) En Francia, el Consejo de Estado ha establecido la jurisprudencia constante según la cual los trabajos suplementarios no -- dan lugar a remuneración en favor del contratista más que cuando han sido consecuencia de órdenes escritas o bien han sido indispensables para la realización de la obra. Si faltan cualesquiera de estas dos condiciones, el contratista no puede invocar la doctrina del enriquecimiento sin causa, a menos que se demuestre la existencia de una orden oral suficientemente definida, en cuyo caso el Consejo de Estado entiende que hay un contrato o acuerdo nulo. (Vid. VILLARD, BACHELOT y ROMERO, Ob. cit. p. 245).

(5) Ob. cit. Tomo II, p. 109.

(6) Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I, p. 620.

(7) Ob. cit. p. 225.

(8) Ob. cit. p. 333.

(9) LAUBADERE (Ob. cit. Tomo II, p. 386) llega a decir que el derecho de modificación se debe considerar como un principio de la teoría del contrato de obra pública ("marché de travaux publics"), es decir como existente incluso cuando el contrato no lo prevea expresamente.

(10) LLORENS, François (Ob. cit. p. 245) dice "Cependant, il ne faudrait pas oublier que le force des idées est souvent sans rapport avec leur degré de venté; surtout dans des matières où, comme celle du pouvoir de modification, les pétitions de principe ont pris le pas sur l'examen objectif des faits. A force de systématisation d'un côté comme de l'autre, on a fini par oublier la --signification exacte du pouvoir de modification unilatéral dans le marché de travaux publics, et la portée du principe de la force obligatoire du contract dans le damage d'ouvrage".

(11) Vid. STS 31 octubre 1974, que habla con precisión del "llamado ius variandi" o poder de modificación unilateral del objeto contractual.

(12) Ob. cit. p. 110.

(13) "Ainsi justifié, le pouvoir de modification n'apparaît pas comme une simple manifestation des prerogatives de droit public dont l'administration dispose en général, comme un pure apparition de la puissance publique dans le contract, mais comme une illustration du rôle que joue la notion de service publique dans les contracts administratifs et de l'originalité que cette notion imprime à la theorie de ces contracts". Ob. cit. Tomo II, p. 335.

(14) BEZZI, O.M. vislumbra el fundamento material del "ius variandi" al decir que: "Durante la ejecución del contrato de obra pública, la Administración ejerce atribuciones administrativas y de permanente subordinación técnica, sobre el contratista. Ello posibilita el control y la disposición de modificaciones por aumentos, reducciones o por obras imprevistas, necesarias tanto para la buena ejecución de los trabajos, como para el objeto perseguido con la construcción de la obra ... ("El contrato de obra pública". Buenos Aires, 1982, p. 153).

(15) No es obstáculo el juego del "ius variandi" en el arrendamiento civil de obra el artículo 1256 del CC, como sostiene ARIÑO-ORTIZ (Ob. cit. p. 227), pues no sólo el artículo 1593 CC lo acoge, según hemos visto en el texto, sino porque el pacto es válido al amparo del artículo 1255 CC respetando los límites que impone. Evidentemente no se trata de un "ius variandi" absoluto, pero es que ni tiene esta configuración en el c.o.p. ni tampoco en la práctica del arrendamiento civil de obra donde, por lo demás, el pacto que consagra el "ius variandi" es usual y sujeto a límites parecidos a los que se establecen en el c.o.p.

(16) Ob. cit. p. 430.

(17) Vid. LAUBADERE. Ob. cit. Tomo II, p. 332.

(18) Ob. cit. p. 226.

(19) "La figura del contrato administrativo". RAP 41, p. 125 y Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, p. 585.

(20) Vid. LAUBADERE, Ob. cit. Tomo II, p. 331.

(21) La doctrina civil suele admitir los derechos potestativos o de modificación jurídica como una categoría intermedia entre los derechos subjetivos plenos y las simples facultades jurídicas. Según LEHMANN, H. "los derechos de transformación (facultativos, facultad de hacer, potestad jurídica: "kannrechte"), como son la denuncia, la impugnación y la resolución, no confieren un señorío actual sobre la voluntad de un obligado o sobre un bien de la vida, no les corresponde una obligación de una persona, ni satisfacer un interés actual sobre una prestación. El derecho de transformación confiere la posibilidad de influir sobre una situación jurídica existente, mediante una declaración de voluntad o un acto" ("Tratado de Derecho Civil", Madrid, 1956. Vol. I, p. 128). CASTRO, F. considera que estos derechos son "facultades -- inconcretas, algunas derivadas de la capacidad jurídica y otras de la potestad de hacer negocio jurídico o capacidad negocial", pero admite que "se podía hablar de "poderes jurídicos" en el sentido de "posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica" como tipo especial de facultades jurídicas". Y, -- añade este mismo autor que "también se podrían distinguir ciertos poderes, con valor de derechos subjetivos secundarios, unidos a derechos subjetivos principales o a relaciones jurídicas de contenido reducido al mero poder producir un efecto jurídico concreto" ("Derecho Civil de España, Madrid 1955, Tomo I, pp. 674-676). -- DIEZ-PICAZO y GULLON se muestran partidarios de no abandonar esta categoría de derechos, como categoría dogmática, pues dicen que -- "conviene recoger sus enseñanzas, entre las cuales puede ser la principal la posibilidad de deslindar dentro del concepto genérico de las facultades contenidas en un derecho subjetivo más amplio o facultades independientes, la idea de las "facultades de configuración jurídica" para designar con ello aquellas facultades que posibilitan a su titular para crear, modificar o extinguir una relación o una situación jurídica". ("Sistema de Derecho Civil. Madrid, 1975, Vol. I, p. 415).

(22) La STS de 13 de noviembre 1978 dice que "la contrapartida del contratista al "ius variandi" que la normativa vigente le reconoce, es la de compensarle los perjuicios que la modificación -- le haya causado, no la resolución del contrato. La Ley no reconoce más que un derecho económico, a fin de mantener inalterable el equilibrio financiero del contrato". Y la STS de 2 julio 1979 dice de forma análoga a la anterior que "otra de las características de los contratos administrativos, es el llamado "ius variandi" o modificación unilateral del objeto del contrato por la Administración de compensar al contratista por los perjuicios que las mo

dificaciones le cause a fin de mantener el equilibrio económico".

(23) CIANFLONE. Ob. cit. pp. 524 y ss.

(24) La STS 20 abril 1978, a propósito de las unidades no previstas en el proyecto aplica el régimen previsto en el artículo 48 del Pliego de 1903, similar al vigente artículo 150 RCE, y dice lo siguiente: "Que respecto de aquellas otras que suponen una 'ampliación' y que surge la necesidad de su realización durante el período de ejecución, en cuanto no previstas en el proyecto, su régimen jurídico y económico no puede ser análogo al de las obras de 'modificación', tanto en orden a su ejecutoriedad como al criterio valorativo, de ahí las previsiones del legislador contenidas en el art. 48 del Pliego de 1903, que hace específica referencia al 'modo de fijar precios contradictorios para obras no previstas', estableciendo tres posibilidades perfectamente diferenciadas para ser aceptadas por el contratista, si bien la última que expondremos actúa en función condicionante para las partes contratantes y así: una primera que admite la posibilidad de fijación del precio de mutuo acuerdo entre el Ingeniero y el contratista, sometiéndolos a la aprobación superior si resultase acuerdo, cuando no existiere medio comparativo para su fijación en base a los precios asignados a otras obras o materiales análogos; la posibilidad atribuida al contratista, si los precios fijados no le conviniesen de no aceptar, quedando relevado de la construcción de la parte de obra de que se trate; y otra, en que el precio convenido entre Ingeniero y contratista no haya sido objeto de aprobación superior, en cuyo caso se entenderá que el contratista se conforma con los que fije la Administración, supuesto al que ha de equipararse el caso de falta de conversaciones entre Ingeniero y contratista, como es el de autos, pero con ello, la Administración en su actividad para la fijación del precio para obras no previstas en contrata, no quiere significarse que actúe con potestad absoluta e individualizada en la determinación del precio, esto es, discrecionalmente, sino que en su concreción ha de tenerse en cuenta 'los precios asignados a otras obras o materiales análogos', y no se puede olvidar, dados los términos de la norma y su ámbito de aplicabilidad a todo el territorio nacional, que el módulo comparativo para su fijación se ha de producir como hecho necesario en base a los precios resultantes de otras contratas análogas".

(25) Ob. cit. p. 526.

(26) Ob. cit. p. 527.

(27) El Informe 37, de 20 noviembre 1972 dice lo siguiente: -- "Sobre la tercera cuestión relativa a la forma de aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 153 del R.G.C. en cuanto a las obras accesorias o complementarias que no excedan del 20 -- por 100 del precio del contrato parece lógico, como apunta en su consulta la Intervención General, aplicar a dichas obras el mismo tratamiento y criterios análogos a los de los proyectos reforma--

dos, considerándolas como una continuación de los iniciales y de su respectivo contrato con aplicación de los mismos precios primitivos y de la baja obtenida en la subasta o concurso, por lo que dichas obras tendrían análoga consideración que las modificaciones a que se refiere el artículo 150 R.G.C.

Por ello, parece lógico que dichas obras accesorias o complementarias tengan derecho a revisión aunque su importe sea inferior a 5 millones de pesetas, si el contrato inicial gozaba de aquel derecho; que los precios deben deducirse partiendo de los cuadros de precios de la obra principal y su justificación debe ser la misma que se empleó en el proyecto primitivo; que las fórmulas de revisión de precios deben ser las mismas, debiendo los índices bases ser iguales a los empleados para calcular la revisión de precios del proyecto primitivo; que las obras accesorias o complementarias deben sumarse a las del presupuesto anterior para descontar del conjunto el 20 por 100 que no tiene derecho a revisión de precios, y que tales obras deben considerarse en definitiva como una continuación de las iniciales y de su respectivo contrato y no como contrato independiente.

Claro es que algunos de estos condicionamientos resultan en la realidad muy difíciles de llevar a la práctica cuando las referidas obras no son de la misma naturaleza que las del proyecto inicial aunque sí sean accesorias o complementarias de éstas. Por ejemplo, terminada la obra de una presa y de la carretera que discurre a lo largo de su coronación, se presenta la necesidad de realizar dichas obras de iluminación a las que no parece lógico negar su carácter accesorio y ¿cómo redactar los precios de distintas unidades de obra como farolas, cables eléctricos, focos luminosos, etc., partiendo de los cuadros de precios del proyecto primitivo, si en ellos no figuraron en absoluto unidades de esta naturaleza?.

Si el tratamiento de obras accesorias y complementarias se reserva para las que fueron de la misma naturaleza que la obra principal no existiría este problema, pero como de hecho se dan en la realidad obras accesorias y complementarias de muy distinta naturaleza sólo cabe, a juicio de esta Junta, aplicarles también todo lo que el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales de 31 de diciembre de 1970 ha aclarado respecto a las modificaciones de obra, es decir, la cláusula 59 relativa a la ejecución de las modificaciones del proyecto, la 60 que se ocupa de los precios de las unidades no previstas en el contrato, la 61 de las variaciones en los plazos de ejecución por modificaciones del proyecto y la 62 que se refiere a las modificaciones no autorizadas".

(28) LAUBADERE. Ob. cit. Tomo II, p. 388 y ss.

(29) GARCIA ENTERRIA. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I p. 541.

(30) Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I, p. 621.

(31) Ob. cit. p. 263.

(32) "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa". RAP 10, p. 275.

(33) Informe 28/1971 de 23 de julio.

(34) Ob. cit. p. 247.

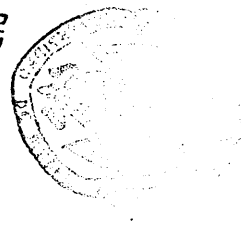
(35) Ob. cit. p. 536.

(36) Ob. cit. p. 248.

(37) Vid. CIANFLONE Ob. cit. p. 536.

(38) Dictamen de 3 de abril de 1975 (Expte. núm. 39271).

(39) Informe núm. 2 de 7 de Julio de 1967.



CAPITULO SEXTO =====

EL TIEMPO DE REALIZACION DE LA OBRA

I.- TIEMPO DEL CONTRATO Y TIEMPO DE LA PRESTACION.-

Del c.o.p. nace una relación jurídica obligatoria de tracto su cesivo o duradera; nace un momento del tiempo (cuando el c.o.p. queda -- perfeccionado por la adjudicación definitiva) y se prolonga o se desen-- vuelve a lo largo de una serie de momentos, algunos de particular signi-- ficación, para concluir o extinguirse en el momento final de la liquida-- ción definitiva del precio convenido.

Mas la circunstancia del tiempo también puede ser perfectamen-- te referida a cada una de las prestaciones que constituyen el objeto de la obligación recíproca de cada parte. Así podemos estudiar ahora la rea lización de la obra (prestación del contratista) en su dimensión temporal. El tránsito de la obra ideal, reflejada en el proyecto, a la obra que -- realmente se ejecuta, se produce en el transcurso de un tiempo acotado -- por el término de la iniciación y por el término de la conclusión de la obra. Término quiere decir cada momento concreto con los que se acotan o delimitan los espacios de tiempo a los que conviene más exactamente dar el nombre de plazo (1).

De todo lo anterior se deduce fácilmente que el tiempo del con trato no es equivalente al tiempo de su ejecución y que, además, hay que distinguir la influencia del tiempo en cada una de las prestaciones que se realizan para dar cumplimiento al contrato.

El RCE no ofrece una terminología precisa, pues unas veces --

habla de plazo de ejecución del contrato (artículo 82, por ejemplo) y - otras de plazo de ejecución de la obra (artículo 122), aunque de una u otra forma a lo que efectivamente se refiere es al plazo de ejecución de la obra "strictu sensu".

II.- DETERMINACION DEL PLAZO DE EJECUCION DE LA OBRA.-

La necesidad de establecer un plazo para la ejecución de la -- obra es consustancial al c.o.p., pues siendo éste, un contrato de resultado, el contratista ha de contar necesariamente con el tiempo determinado para poder realizar la obra prometida. A esta razón de pura lógica se añade otra derivada del carácter específico de este contrato, cual es -- que el interés público al que se encuentra vinculada la obra, reclama también su puntual realización, para lo cual es imprescindible determinar -- el plazo que se concede al contratista para que cumpla con su obligación. Esto explica que en los documentos básicos del contrato deba aparecer -- con toda precisión dicho plazo.

Así, el pliego de cláusulas administrativas particulares debe contener, entre otros extremos, "el plazo total de ejecución del contrato e indicación de los plazos parciales correspondientes si la Adminis--tración estima oportuno establecer estos últimos o referencia de si se -- fijarán en la aprobación del programa de trabajo, señalando en su caso -- cuáles darán motivo a las recepciones parciales provisionales a que se -- refiere el artículo 170 (artículo 82 RCE)". Y es también requisito indispensable del documento notarial o administrativo con el que se solemniza el contrato "el señalamiento del plazo total de ejecución de la obra y, en su caso, los plazos parciales que se establezcan y el especial para la comprobación del replanteo y el de garantía" (artículo 122 RCE).

Pero todavía hay que señalar que en la determinación del plazo se debe distinguir, por un lado, el plazo de iniciación de la obra del plazo de ejecución "strictu sensu" y, por otro lado, el plazo total de los plazos parciales.

III.- PLAZO DE INICIACION Y PLAZO DE EJECUCION DE LA OBRA.-

No existe una norma sobre la determinación de un plazo dentro del cual el contratista debe dar comienzo a la ejecución de la obra, pe se a que el inicio de la obra atañe muy directamente al interés público, como ha señalado la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de - 23 de febrero de 1979). En la práctica tampoco es usual que se establezca un plazo con la finalidad indicada y sólo indirectamente queda preestablecido un cierto tiempo al fijarse un plazo para determinar actividades previas a la propia ejecución. En efecto, indirectamente la comprobación del replanteo determina el plazo en que el contratista debe iniciar los trabajos, pues debe preverse en el documento notarial o administrativo del contrato un plazo para realizar esa operación preparatoria - (artículo 122 RCE) y, además, el comienzo de esta misma operación se - - sujeta al plazo máximo de treinta días contados desde la fecha del otorgamiento de la escritura (artículo 127, A) RCE).

En cambio, el plazo de ejecución de la obra debe establecerse de una forma directa y precisa como ya hemos visto en el epígrafe anterior.

Este plazo viene determinado por un término inicial y otro final. El término inicial, salvo pacto en contrario, es el día siguiente al de la notificación de la autorización para comenzar la obra, notificación que se practica por el hecho de la suscripción del acta de comprobación de replanteo en caso de plena conformidad; si hay reservas o

reparos, una vez sean superados éstos, el cómputo del plazo se cuenta -- desde el día siguiente al de la notificación del acto formal de la Administración, ordenando la iniciación de los trabajos (artº 127, apartados D y G RCE).

El término final no suele determinarse mediante unas fechas -- concretas, sino por un número de días, meses o años contados desde la fecha de iniciación de la obra, sistema que tiene recomendado el Consejo -- de Estado, ante la incertidumbre de la tramitación de los contratos (2). En el cómputo del plazo así señalado debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 CC, según el cual "siempre que no se establezca otra -- cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, que dará éste excluído del cómputo, el cual deberá emplear en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles".

IV.- PLAZOS PARCIALES Y RITMO DE LA OBRA.-

La posibilidad de que en el contrato existan plazos parciales se prevé en el artículo 82 RCE, pues según hemos visto ya anteriormente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, si la Administración lo estima oportuno, se pueden establecer plazos parciales, además -- del imprescindible plazo total de ejecución; también se puede hacer referencia en el pliego a que los plazos parciales se fijarán al aprobarse -- el programa de trabajo (artículo 128 RCE); y el mismo artículo 82 RCE admite también la posibilidad de que se indiquen en el pliego los plazos -- parciales que dan motivo a las recepciones provisionales de partes de -- obra (artículo 170 RCE).

El plazo parcial tiene, pues, una doble significación según que sirva para establecer un determinado ritmo de ejecución de la obra o para fijar un término en el cual se puede acreditar un cumplimiento parcial del contrato por el contratista, pudiendo recibirse provisionalmente una parte de la obra. El primer caso, el plazo parcial determina la existencia de unos momentos intermedios (tiempos de paso), que permiten controlar el ritmo de la ejecución. En el segundo supuesto, más que de un plazo parcial podría hablarse de un plazo de cumplimiento parcial. Evidentemente estas dos finalidades del plazo parcial pueden ser compatibles y quedar coordinadas perfectamente en el contrato.

Sin embargo hemos de detenernos ahora de manera especial en la función del plazo parcial como medio de establecer el ritmo adecuado de realización de la obra, dada la importancia que a dicho ritmo dan determinadas normas del RCE, que indudablemente responden al mutuo interés -- que tienen las partes en que la obra se produzca de una manera acompañada y armónica.

Para la Administración, el ritmo de la obra debe ser el óptimo que permita obtener una rentabilidad adecuada para la inversión pública que con la obra se realiza. Esta conexión entre la financiación de la obra y su ritmo está proclamada como principio del contrato administrativo en los artículos 12 LCE y 30 RCE cuando dicen:

"La financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo óptimo de la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin, las medidas que sean necesarias al tiempo de la programación de las anualidades o durante el período de ejecución, de conformidad con la Ley de Presupuestos".

Por ello, durante la fase preparatoria del contrato existe ya

la preocupación de que haya previsiones para que la obra se lleve a cabo en su día con un ritmo óptimo. Así, el artículo 63 RCE ordena incluir en los proyectos de obras de cuantía superior a cinco millones de pesetas, un programa de posible desarrollo de los trabajos en tiempo y coste óptimo de carácter indicativo. Una vez celebrado el contrato e iniciada la ejecución de la obra, el programa deja de tener carácter indicativo para convertirse, como ya sabemos, en pieza esencial para establecer y controlar un ritmo de ejecución concreto. Por ello, el artículo 129 RCE establece que "los plazos parciales que puedan fijarse al aprobar el programa de trabajo se entenderán como integrantes del contrato a efectos de su exigibilidad". Finalmente, durante la realización de la obra también se procura el mantenimiento del ritmo previsto imponiendo a la administración su deber de cooperación, pues el artículo 131 RCE dice que "una vez iniciados los trabajos, cuantas incidencias puedan surgir entre la Administración y el contratista serán tramitadas y resueltas por la primera a la mayor brevedad, adoptando las medidas convenientes para no alterar el ritmo de las obras". Y tan esencial llega a ser para la Administración el ritmo de la obra que el artículo 141 RCE concede al Gobierno la posibilidad de adoptar una medida de carácter excepcional, consistente en una incautación o apoderamiento de la obra y de los medios del contratista, hasta alcanzar el ritmo previsto en el contrato.

Todo este conjunto de normas es el que, sin duda, ha permitido a la jurisprudencia extraer un principio rector de la contratación administrativa y, por ende, del c.o.p., como es el de que el contratista tiene "el deber de asegurar, en cuanto le sea posible, el normal y regular cumplimiento de las prestaciones a su cargo" (3). Por ello, es causa de resolución del contrato no sólo el incumplimiento del plazo total - - sino también el de los parciales que permiten controlar el ritmo de ejecución, siempre y cuando tales plazos estén perfectamente establecidos,

tal como viene exigiendo la doctrina del Consejo de Estado a propósito - de los artículos 45 LCE y 137 RCE (4).

Ahora bien, el deber que tiene el contratista de asegurar el ritmo de la obra, respetando los plazos parciales es al mismo tiempo un derecho, pues a él también le interesa realizar sus trabajos de forma -- regular y continua, ya que en otro caso se le producen mayores costes de los previstos en el momento de contratar la ejecución de la obra. Por -- ello, cuando la Administración es quien causa una alteración del ritmo - de la obra encareciendo la ejecución de ésta, responde frente al contra- tista del perjuicio que se le causa. La jurisprudencia del Tribunal Su-- premo es reiterada en este punto como se desprende de las sentencias de 17 de mayo de 1973, 23 de junio de 1975, 27 de octubre de 1976 y 2 de oc- tubre de 1979, entre otras (5).

V.- MODIFICACION DEL PLAZO DE EJECUCION. PRORROGA.-

La modificación del plazo de ejecución puede tener lugar por - ampliación o reducción del mismo. La reducción del plazo implica neces- riamente una aceleración de la obra. Al estudiar la programación de los trabajos, vimos que la aceleración de las obras podía producirse por ini- ciativa del contratista o de la Administración, exigiéndose, en todo ca- so, un acuerdo de las partes porque ello daba lugar a una novación modi- ficativa del plazo con las consiguientes repercusiones en el programa de trabajo que, en su caso, se hubiese aprobado y, asimismo, en la financia- ción de la obra concretada en las anualidades.

La cláusula 53 del PCAG admite que el contratista podrá desarro- llar los trabajos con celeridad mayor que la necesaria para ejecutar las obras en el tiempo prefijado en el contrato, salvo que a juicio de la --

Dirección existiesen razones para estimarlo inconveniente. Y esta misma cláusula también concede la iniciativa a la Administración cuando, excepcionalmente la aceleración de los trabajos venga exigida por razones de interés público, en cuyo caso se lo comunicará al contratista y se redactará, si existe acuerdo, un nuevo programa de trabajo acoplándolo a las nuevas circunstancias, con la fijación en su caso del nuevo plazo total del contrato. (6)

Pudiera desprenderse de esta cláusula, que sólo en el segundo caso indicado existe una novación del plazo, al exigirse que exista acuerdo. Sin embargo, la misma novación de plazo se produce cuando es el contratista quien acelera las obras sin oposición de la Administración; lo único que ocurre entonces es que la novación se produce tácitamente.

También hemos indicado al principio, que el plazo de ejecución de la obra puede quedar modificado mediante su ampliación.

La ampliación del plazo puede, en primer término, ser mera consecuencia de un acuerdo de las partes. El contratista no tiene más limitaciones que las generales a todo pacto (artículo 1255 CC), para aceptar la novación del plazo, y la Administración, por su parte, puede también concertar los contratos, pactos y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración (artículos 3º LCE y 4º RCE).

Pero también puede ocurrir que el aumento del plazo no sea resultado de un acuerdo espontáneo entre las partes, sino que sea consecuencia de actos individuales de una o de otra.

La Administración puede aumentar unilateralmente el plazo como

consecuencia directa de su potestad de modificación del proyecto, si con ello se produce un incremento del volumen de obra, pues en tal caso el artículo 149 RCE establece que "será reajustado su plazo de ejecución".

El contratista puede también ser causante del aumento del plazo si es que pide prórroga sujetándose a los requisitos que establecen los artículos 45 LCE y 140 RCE, según los cuales: "si el retraso fuera producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había designado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido a no ser que el contratista pidiera otro menor". En forma análoga el artículo 58 RCCL dice que "los contratos de obras -- sólo serán prorrogables por causa justificada, no imputable al contratista que impida realizarlas dentro del plazo previsto.

Además se establece un plazo máximo de un mes contado desde el día en que se produzca la causa originaria del retraso, dentro del cual el contratista deberá alegar las razones por las que estima no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración a los efectos de que la Administración puede oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, y sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo -- prorrogado al tiempo realmente perdido (artículo 140 párrafo 2º RCE). -- Las consecuencias que se establecen en el mismo precepto para el caso de que no se pida la prórroga en el plazo señalado son graves, pues se entenderá que el contratista renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último de la vigencia del contrato, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición si procede, de las penalidades que establece el artículo 138 RCE, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para proceder a la resolución del contrato (artículo 140 párrafo 3º RCE).

De los tres requisitos que exige el artículo 140 RCE para tener derecho a prórroga, nos detendremos especialmente en la inimputabilidad del retraso.

Este requisito es imprescindible para que el contratista pueda tener el derecho a la prórroga, pues si el retraso se debe a su culpa, - la Administración no tiene ninguna obligación de prorrogar el plazo y si lo hace será una concesión graciosa. Como dice el Dictamen del Consejo - de Estado de 2 de marzo de 1972 (Expediente núm. 38039) "no existe obligación ninguna para la Administración de conceder al contratista una - - prórroga del plazo contractual y puede acordarse, una vez vencido el plazo, sin que la obra haya sido terminada, la resolución del contrato". La carga de la prueba de demostrar que el retraso no es culpable corresponde al contratista y así la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1978 declara bien resuelto el contrato por la Administración "desde - el momento que su demora no ha tenido por causa accidentes o eventos ajenos a su voluntad".

Ahora bien, dentro de los casos de inimputabilidad del retraso hay que distinguir cuidadosamente entre aquéllos que, sin embargo, obligan a pedir prórroga, de aquellos otros que no imponen la carga de tal - petición.

La fuerza mayor es el supuesto típico en que puede darse un retraso no imputable y sin embargo no exonera al contratista de pedir el - aumento del plazo. Falta una norma expresa en el RCE que así lo establezca, pues sólo los artículos 132 y 133 RCE, contemplan la fuerza mayor -- desde el punto de vista de la indemnización, según tuvimos ocasión de estudiar más atrás. Mas en defecto de norma hay que concluir que la peti--ción de prórroga es necesaria, pues dado el carácter esencial del plazo

éste no puede entenderse tácitamente prorrogado por el hecho de que la Administración llegue a reconocer el derecho a la indemnización por los perjuicios que el evento de fuerza mayor haya causado al contratista. - Aunque de modo poco preciso, esta misma doctrina se extrae de la sentencia del Tribunal Supremo antes citada de 24 de mayo de 1978 (7).

Por el contrario, el contratista no debe soportar la carga de pedir prórroga en aquellos casos en que no se le pueda imputar el retraso por ser la Administración la responsable del mismo, ya sea como consecuencia de su potestad de modificación del proyecto (8) según vimos antes, o bien porque es élla quien con sus actos impide al contratista realizar la obra tempestivamente. Esto último ocurrirá, por citar casos frecuentes en la práctica, cuando se producen retrasos en las órdenes de la Dirección, que a su vez alteran el ritmo normal de los trabajos; o -- cuando aquélla adopte decisiones erróneas que obliguen a rehacer una parte de obra ya ejecutada; o cuando concurriendo varios contratistas cuya actividad debe ser coordinada por la Administración, se producen interferencias que retrasan la obra; etc. etc.

VI.- LA MORA DEL CONTRATISTA.-

En la contratación privada se distingue perfectamente la mora del mero retardo, partiendo siempre de que la prestación puede ser realizada y resulta todavía satisfactoria para el acreedor, pues de lo contrario hay que hablar de incumplimiento total de la obligación. El retraso se considera de por sí como irrelevante, por no entrañar consecuencias - especiales; en cambio, la mora requiere la intimación previa al deudor - que se hace así responsable de las consecuencias que de la misma se derivan (intereses moratorios, transmisión de riesgos: 1108, 1096 y 1182 CC). Excepcionalmente no es necesaria la interpelación al deudor para que la

mora exista, cuando la obligación a la Ley lo declaren así expresamente, o cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación (artículo 1100 CC).

En el contrato administrativo la doctrina de la mora se dibuja de tal manera que queda borrada prácticamente su distinción del simple - retardo, puesto que su constitución como situación o estado de incumplimiento no exige la intimación o interpelación al contratista y esto en - razón al carácter esencial del plazo dentro del c.o.p. como estudiamos - seguidamente.

1. El plazo como elemento esencial de la obligación.- Los artículos 45 LCE y 137 RCE establecen de modo terminante que el contratista estará obligado a cumplir los plazos parciales fijados para la ejecución del contrato y el general para su total realización.

La realización de la obra en el plazo convenido es pues obligación capital del contratista. La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha subrayado la transcendencia del plazo de ejecución por su conexión con el interés público (9). Pero ha sido el Consejo de Estado - - quien ha mantenido un mayor rigor sosteniendo en numerosos dictámenes -- que el contrato administrativo (y por tanto el c.o.p.) participa de la - naturaleza del llamado "negocio fijo" o negocio jurídico en el cual el - término o plazo reviste un carácter esencial (10).

Nosotros discrepamos de esta doctrina rigorista, pues a nuestro juicio, por muy esencial que sea el plazo por su inevitable vinculación al interés pública, es difícil configurar técnicamente el c.o.p. como negocio fijo (fixgeschäft) (11). En este tipo de negocio jurídico el tér

mino no sólo determina inexorablemente el momento en que la prestación debe quedar realizada, pues además fija el momento en que el contrato - queda automáticamente resuelto, dada la total inutilidad de la prestación para el acreedor aunque ésta llegue a realizarse con posterioridad. En cambio, en el co.p. la realización de la obra, aún extemporánea, puede ser todavía útil para la Administración. Si no fuera así no tendría - sentido la posibilidad legal de concesión de prórroga que puede obtenerse incluso de manera tácita. La doctrina jurisprudencial de la prórroga tácita está establecida en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, -- entre las que cabe citar las de 23 de junio de 1978 y 6 de julio del mismo año. La primera dice lo siguiente:

"Que si bien es cierto que la doctrina a que se hace referencia en el precedente Considerando no se ha mostrado inflexible y dogmática, puesto que ha procurado adaptarse a las singularidades de ciertos supuestos especiales, mediante las pertinentes matizaciones, atendiendo a la naturaleza del contrato y a las circunstancias concurrentes en su desenvolvimiento construyendo incluso la teoría de la concesión tácita de prórroga, por la conducta de la Administración, al aceptar el -- cumplimiento tardío -SS. de 26 de enero y 30 de marzo 1962 y 4 mayo 1963-, sin embargo, si nos remitimos a las singularidades que ofrece el supuesto que nos ocupa, y a sus especiales circunstancias, éstas obligan, no a una dulcificación de las exigencias requeridas para esta pretendida segunda revisión - de precios, sino a su interpretación con el mayor rigor, ya - que, como al principio se apuntó, el constructor no sólo ha - faltado al ritmo regular de realización de las obras, y al deber formal de interesar una nueva prórroga de vigencia del -- contrato, sino que, en la forma material de efectuarlas lo ha hecho de manera notoriamente deficiente y defectuosa".

Y la segunda también alude al sistema de prórrogas como algo - normal y corriente en los c.o.p., señalando al respecto la siguiente doctrina:

"Que aún siendo evidente que el sistema contractual administra

tivo correspondió en su primera época a la idea "del negocio - fijo", o negocio de "término esencial", pues toda hipótesis - de prórroga merecía la consideración de negocio novativo, según el parecer de la antigua jurisprudencia; noción que empezó a evolucionar con el precepto contenido en el artículo 55 del Pliego General de Condiciones, de 1903, y que se acentúa con el artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado, y ya antes en el mencionado Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales; y aún siendo también lógico pensar que la - recurrente no podía ejecutar el contrato de que se trata, en el breve plazo de ocho meses, establecidos en el Pliego Particular de Condiciones de la contrata, contando a partir de la primera adjudicación a la empresa cedente X, por la sencilla razón de que la mayor parte de ese plazo fue consumido por ésta sin emprender el menor trabajo en la obra, sin embargo, el hecho de que en la actualidad sea normal y corriente el sistema de prórrogas en esta contratación, más la imposibilidad material de que por C. se cumpliera la tarea en el mismo plazo fijado en la primera adjudicación, por la razón antes dicha, no significa, por sí solo, que deba estimarse la pretensión de la demandante sobre este extremo, por lo que vamos a ver".

El Consejo de Estado congruente con la doctrina del "negocio - fijo" que propugna, ha rechazado la prórroga tácita como convalidante - de un cumplimiento moroso del contrato, si bien a efectos exclusivos del beneficio de una modificación de precios, reconoce implícitamente la -- eficacia de la prórroga tácita que permite admitir un cumplimiento tardío. Así se deduce, entre otros, del Dictamen de 11 de diciembre de 1964 (Expediente 33006) ya citado con anterioridad, y que en este punto dice lo siguiente:

"Queda por aclarar si la recepción del objeto contractual, aun después de transcurrido el plazo de cumplimiento sin que se - haga protesta ni reserva sino, todo lo contrario, devolviéndose se la fianza definitiva prestada por el contratista, implica un reconocimiento por la Administración de que la prestación fue realizada dentro del plazo (por prórroga tácita), y sin - que, por tanto, puedan ser aplicadas las desfavorables consecuencias de la mora en punto a modificación de precios.

También el Consejo de Estado ha considerado en otra ocasión - que la falta de realización de la prestación contractual dentro del plazo implica un efecto positivo (legitimar, facultándola, a la Administración para declarar la rescisión del contrato) y un efecto negativo (enervar el posible derecho - a la revisión de precios que pudiera tener el contratista). El hecho de que la Administración, por conveniencias del servicio no actúe la rescisión, es decir, no haga uso de esa facultad que le atribuye el ordenamiento para los casos de mora contractual, no implica que desaparezcan los restantes efectos de la situación de mora y, particularmente, el efecto negativo de enervar, -conforme al artículo sexto de la Ley de - 17 de julio de 1945, a la que se remite el Decreto Ley de 18 de enero de 1957- al contratista su eventual derecho a la modificación de precios".

La posibilidad de un cumplimiento tardío, meramente tolerado, también se reconoce por el propio Consejo de Estado en el Dictamen de 13 de mayo de 1965 (Expediente núm. 34049), al decir lo siguiente:

"Esta situación material de incumplimiento no queda enervada - por el hecho de que la Administración ordenara, sucesivamente, la suspensión y reanudación de las prestaciones contractuales, pues la mera tolerancia por la Administración en el cumplimiento tardío de las obligaciones del contratista no implica el - reconocimiento de la vigencia de los plazos contractuales, ni sitúa al contratista fuera de toda consecuencia desfavorable por su actitud de incumplimiento, sino que tan solo ofrece al contratista una posibilidad de liberarse de la prestación que debe en razón del vínculo contractual".

2. Los supuestos de mora del contratista.- La mora del contratista puede producirse tanto por incumplimiento del plazo total como de los plazos parciales. El párrafo segundo de los artículos 45 LCE y 137 - RCE dicen a este respecto lo siguiente:

"Si el contratista, por causas imputables al mismo hubiera incurrido en demora respecto de los plazos parciales de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumpli--

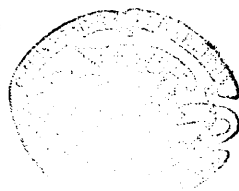
miento del plazo final o éste hubiera quedado incumplido, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato con pérdida de fianza o por la imposición de penalidades autorizadas por el Gobierno. Esta misma facultad -- tendrá la Administración respecto de determinados plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares".

Este precepto contempla, a nuestro juicio, tres supuestos, -- partiendo siempre de una mora imputable al contratista:

a) Incumplimiento de plazos parciales que demuestran una morosidad de tal naturaleza que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplir el plazo final. Es decir, el plazo total de la obra no ha expirado todavía, pero ya se están incumpliendo los plazos parciales de modo que se puede presumir racionalmente que tampoco se cumplirá el plazo total del contrato.

Se suscitan entonces dos cuestiones: primera, saber cuáles son los plazos parciales referidos en este artículo 45 LCE y segunda, determinar el carácter de la presunción de incumplimiento. Acerca de la primera cuestión, debemos entender que los plazos parciales cuyo incumplimiento puede servir de base a la presunción legal, son los que el contratista haya reflejado en su programa de trabajos debidamente aprobados por la Administración (artículo 128 RCE), los cuales se entiende que integran el contrato a los efectos de su exigibilidad (artículo 129 RCE).

En cuanto al carácter de la presunción, es evidente que se trata de una presunción que admite prueba en contrario (*iurir tantum*), no sólo porque todas las presunciones pueden desvirtuarse mediante prueba en contrario, excepto en los casos en que la Ley lo prohíbe (artículo -- 1251 CC), cosa que no ocurre en este caso, sino porque, además, no es lo



mismo que se incumplan plazos parciales en los comienzos de la obra, -- cuando todavía se puede presumir racionalmente una recuperación del tiempo perdido adoptándose medidas concretas, que se produzca el incumplimiento en los momentos finales del plazo total, en los que se puede apreciar fácilmente la imposibilidad de toda recuperación en función de la obra pendiente y de los propios medios disponibles por el contratista. -- La presunción sólo se hará indestructible si se han producido actos propios del contratista que patentizan su voluntad de no cumplir su obligación de realizar la obra en el plazo convenido. Así el Consejo de Estado, en Dictamen de 26 de noviembre de 1970 (Expediente núm. 37294) tiene declarado:

"... Esto es, solamente si el contratista ha incumplido los -- plazos parciales fijados en el programa de trabajo procede la resolución al amparo del artículo 45 de la Ley de Contratos -- del Estado y concordantes del Reglamento, pues la paralización de las obras con despido del personal permite racionalmente -- presumir la imposibilidad de que el contratista cumpla el plazo final, máxime cuando aquél ha reconocido la realidad de los hechos y no ha ofrecido ninguna explicación que permita deducir su intención de cumplir el contrato".

b) También pueden existir plazos parciales concretados no en -- el programa de trabajos, sino inicialmente en el mismo contrato (pliego de cláusulas administrativas particulares), de modo que su incumplimiento desencadene las mismas consecuencias que el del plazo final o total, sin necesidad de establecer presunción de ningún tipo. Son supuestos en -- los que la Administración conoce de antemano, por la índole de la obra, que el cumplimiento del plazo final es indudable consecuencia del cumplimiento de los plazos que se establecen para determinadas partes de obra, y no deja, por tanto, al contratista la iniciativa de su programación.

c) Por último, el incumplimiento del plazo total o final ("o

éste hubiera quedado incumplido" dice el artículo 45 LCE) porque su fijación es exigencia ineludible del pliego de cláusulas administrativas particulares (artículo 82 RCE) y de la escritura pública de contrata (artículo 122 RCE).

3. La constitución automática de la mora.— El artículo 137, -- párrafo 3º RCE dice que "la constitución en mora del contratista no requere interpelación o intimación previa por parte de la Administración".

La exclusión de la intimación o "interpellatio" para considerar producida la situación de mora del contratista, fue una innovación de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (artículo 45), -- recogida después en el RCE. Hasta entonces la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado mantuvieron posturas antagónicas sobre la necesidad o no de este requisito para considerar constituida la mora como estado formal de incumplimiento.

El Tribunal Supremo venía sosteniendo (12) que a falta de norma especial en la contratación administrativa, era necesario acudir al artículo 1100 CC, cuyo primer párrafo exige para que el deudor incurra en mora, y no en simple retardo, que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación. Además, se argumentaba que si bien los plazos eran esenciales por su vinculación al interés público y por tanto, podían haber sido motivo determinante para establecer las obligaciones, lo que excluiría la necesidad de la intimación (artículo 1100, párrafo 2º, apartado 2º), también era de interés público el mantenimiento de la seguridad jurídica de los administrados si en el caso concreto resultaba que el plazo no habría sido de hecho motivo determinante para establecer la obligación, ni tampoco existía norma legal ni contractual que excluyese la "interpellatio".

Por el contrario la posición del Consejo de Estado era radicalmente opuesta y se fundaba en el carácter de negocio fijo que se confería al c.o.p., según vimos más arriba. La doctrina reiterada del Alto -- Cuerpo Consultivo queda reflejada, por ejemplo, en el Dictamen de 11 de mayo de 1969 (Expediente 32.553), en el que se dice lo siguiente:

"El Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias, ha venido estimando que para que dicha mora pueda ser declarada es absolutamente indispensable que se produzca por parte de la Adminis--tración la interpellatio o intimación que exige el artículo - 1.100 del Código Civil. De acuerdo con este principio habría que acceder a la modificación solicitada, ya que no se ha producido en este caso dicha intimación por parte de la Adminis--tración.

En contra de este criterio del Tribunal Supremo, el Consejo - de Estado ha manifestado reiteradamente su opinión de que los plazos en la contratación administrativa revisten una natura--leza diferente que en la contratación privada, puesto que, -- mientras en este último caso están en juego intereses particu--lares, en el primero se da la concurrencia de un interés públi--co que es siempre predominante y permanente. Y si bien esta - doctrina no excluye la aplicación del artículo 1.100 del Códig--o Civil, sí es conclusión obligada afirmar que no es preciso la intimación para provocar la mora cuando la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el ser--vicio "fue motivo determinante para establecer la obligación" (artículo 1.100, 2); y, habida cuenta del interés público que siempre reviste el plazo en los contratos administrativos, es conclusión obligada afirmar que en los contratos administ--rativos es siempre motivo determinante para el establecimiento de la obligación. Esta doctrina ha sido sustentada por el Alto - Cuerpo Consultivo en otros varios casos análogos al presente, por lo que el Consejo de Estado estima que no debe accederse a lo solicitado por el contratista".

Esta tesis del Consejo de Estado triunfa, pues, en la nueva LCE que no exige la intimación o interpelación al contratista para que éste quede constituido en mora. Sin embargo, la doctrina ha criticado muy - - fundamentalmente esta solución legal y la misma jurisprudencia del Tribu--

nal Supremo ha dejado entrever cierta resistencia a la supresión de estos requisitos (13) (14).

VII.- LA SUSPENSION DE LAS OBRAS.-

1. Continuidad de la obra.- La suspensión de las obras es una circunstancia temporal de carácter excepcional, pues lo normal será que el contratista ejecute la obra de forma continuada y acompasada (15). En el contrato de obra privada puede ser irrelevante la continuidad de la prestación porque el contratista, por principio, dispone de amplia autonomía para organizar y realizar su trabajo, cuyo resultado final es lo que constituye objeto de su prestación. En el c.o.p. esto es así también, pero el interés público impone además que el contratista tenga que realizar la obra sin interrupción y siguiendo el ritmo previsto en la programación de los trabajos, como garantía del cumplimiento del plazo.

El carácter excepcional de la suspensión de las obras se desprende tanto de las normas de la contratación estatal como local. Según el artículo 131 RCE la paralización total de las obras o la suspensión definitiva de las mismas sólo podrá verificarse por motivo grave; y de forma contundente el artículo 56 RCCL dice que por ningún motivo, ni aún por demora en el pago podrá el contratista interrumpir el cumplimiento del contrato, pero quedan a salvo los efectos previstos en el artículo 94, esto es, la facultad de pedir la resolución del contrato de acuerdo con el artículo 66 RCCL. De todos modos enseguida veremos que no es exacta la expresión "por ningún motivo", aunque sí es indicativa de la gravedad y excepcionalidad de la suspensión. Por ello, aún en el caso de que el proyecto se modifique no se permite la suspensión de la obra, salvo que exista la imposibilidad de continuar ejecutando determinadas partes de ella (cláusula 61 PCAG).

Cuando hablamos de suspensión de las obras no nos referimos a las breves interrupciones o a la reducción circunstancial de ritmo que pueden venir exigidas por razones técnicas para asegurar la bondad de la obra. En estos casos la obra, considerada en su conjunto, no llega a suspenderse y la posible interrupción debe entrar dentro del margen de decisión que tiene tanto el contratista como la Dirección de la obra para -- que ésta se realice de acuerdo con la mejor técnica posible.

En cambio, la suspensión de la obra, supone que el contratista deja de realizar su prestación, con el riesgo de que el resultado final no se logre en el tiempo pactado, y en este sentido tan grave es la situación que se crea cuando se trata de una suspensión parcial como total.

Ahora bien, el mismo interés público que justifica la relevancia contractual de la continuidad de la obra, puede que también justifique la suspensión, y ésta será además inevitable si la imponen circunstancias objetivas ajenas a las partes, o es consecuencia del ejercicio de un derecho que éstas tengan reconocido. Todo ello nos lleva a estudiar cuándo la suspensión de las obras es legítima y cuándo no lo es.

2. Suspensión de la obra a iniciativa del contratista.-- La suspensión de las obras puede plantearla tanto la Administración como el -- contratista en diferentes momentos de la vida del contrato, aunque es aquélla quien tiene una mayor iniciativa, y a quien debido a su posición de parte privilegiada le corresponde acordarla. La paralización total de las obras según el artículo 131 RCE, requiere acuerdo del órgano que celebró el contrato correspondiente, a propuesta del facultativo competente de la Administración. Norma que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (16) y el Consejo de Estado (17) se han encargado de subrayar.

Ahora bien, la obra puede quedar suspendida total o parcialmente, con independencia del acuerdo que posteriormente pueda adoptar la Administración, cuando de hecho el contratista se ve obligado a interrumpir los trabajos. Los casos más destacados en que esto puede ocurrir son los siguientes: a) En caso de un acontecimiento jurídicamente calificable de fuerza mayor, el contratista puede verse fatalmente obligado a interrumpir los trabajos. El RCE no da ninguna norma a este respecto, pues sólo enumera los casos de fuerza mayor a efectos de la indemnización que puede corresponder al contratista (artículos 46 LCE y 132 RCE). Pero, que duda cabe, que es legítima la suspensión cuando por causas imprevisibles e inevitables los trabajos no pueden proseguir, ya que en este supuesto entran en juego las normas del Código Civil (artículos 1105 y 1182). b) Otro caso es cuando intervienen agentes meteorológicos que impiden el trabajo de determinados medios o equipos, o bien que aparezcan condiciones en el subsuelo completamente imprevistas e imprevisibles. En estos o parecidos casos puede estar también legitimada la interrupción de los trabajos, como garantía de su buena ejecución (por seguir con uno de los ejemplos citados, hay casos en que la climatología aconseja no efectuar determinadas unidades de obra), o porque las partes tengan que ponerse de acuerdo sobre un nuevo precio que cubra el coste de unas unidades que el proyecto no contempló. En estos dos casos el contratista tiene derecho a un aumento del plazo, pues el retraso que la suspensión ocasiona no le puede ser imputado (artículo 140 RCE). El mayor coste de ejecución que se le puede originar será a su cargo salvo los casos tipificados de fuerza mayor en que se le reconoce el derecho a indemnización y el supuesto de una mayor dificultad de ejecución en que se podrá resarcir indirectamente mediante la repercusión del incremento de coste en el precio que establezca contradictoriamente con la Administración. c) La suspensión de las obras puede venir también motivada por la falta de pago de las certificaciones de obra. Sin embargo esta suspensión no es consecuencia del -

ejercicio de un derecho frente a la Administración morosa en el pago, de rivado de la reciprocidad de obligaciones (artículo 1124 CC). El artículo 144 RCE (párrafo último) sólo reconoce la posibilidad de que el contratista solicite de la Administración la declaración de suspensión temporal de las obras, cuando la demora en el pago de las certificaciones - superase el plazo de seis meses; pero la petición sólo puede ser concedi da si no hay razones de interés público que aconsejen la continuación de la obra. Por tanto, la suspensión depende del criterio discrecional de la Administración y no es consecuencia automática de la falta de pago.

Fuera de los casos que acabamos de ver, el contratista no puede suspender las obras, pues si lo hace incurre en incumplimiento del con trato dando lugar a que se desencadenen las medidas coercitivas que contra él se preven en la Ley y en el contrato (multas, ejecución forzosa) o a que éste incluso se resuelva con la pérdida de fianza y el resarcimiento a su cargo de los daños y perjuicios que a la Administración le - ocasione.

3. Suspensión de las obras a iniciativa de la Administración.-

La Administración puede acordar la suspensión en el momento mismo de la iniciación de la obra o durante su ejecución. Sólo en este segundo caso puede hablarse con propiedad de una suspensión o interrupción de la obra.

La iniciación de la obra puede suspenderse en el momento de la comprobación del replanteo (vid. cap. I, p. 79), pues con éste puede ponerse de manifiesto la inviabilidad del proyecto debido a causas no previstas cuando se redactó o a circunstancias externas al mismo, pero que igualmente impiden llevarlo a cabo (indisponibilidad de terrenos, proble mas de subsuelo, etc.). En estos casos, se hace constar en la misma acta de comprobación del replanteo la suspensión de la iniciación de la obra,

sin que, por tanto, empiece a correr el plazo de ejecución (artículo 127 RCE, apartado E), y el contratista puede pedir indemnización de daños y perjuicios e incluso la resolución del contrato según la duración de la paralización (artículo 127 RCE, apartado F). La indemnización de daños y perjuicios se le reconoce al contratista si la obra no llega a iniciarse pasados seis meses o una quinta parte del plazo (artículo 148 RCE). La resolución del contrato puede tener lugar si la suspensión de la iniciación de las obras tuviese carácter definitivo por causa imputable a la Administración o ésta desistiese de las mismas o dejase transcurrir seis meses de la suspensión sin dictar y notificar al contratista la resolución que estime oportuna. En estos casos, el contratista tiene también derecho a una indemnización del 3 por 100 del precio de adjudicación, debiendo hacer uso de este derecho el contratista dentro del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses.

Mas la suspensión de la obra propiamente dicha se produce en el curso de la misma, cuando la Administración la acuerda en el ejercicio legítimo de su "ius variandi" o derecho de modificación del contrato. El RCE regula la suspensión de las obras dentro de la sección 4ª del capítulo V del Título II, cuyo epígrafe es "Modificación del contrato de obras". La suspensión de la obra es, pues, una manifestación concreta -- del "ius variandi" que se sujeta a las limitaciones que se establecen para este: "la Administración sólo puede acordar modificaciones en el proyecto de obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto cuyas circunstancias deberán quedar debidamente justificadas" (artículo 149 RCE, párrafo primero). La jurisprudencia y la doctrina italiana (18) consideran que es ilegítima la suspensión de la obra cuando se debe a un acto de la Administración extraño a la finalidad de garantizar la buena ejecución de la obra; así ocurre, por ejemplo, si de lo que se trata es de obviar la propia negligencia. Nuestra jurisprudencia también ha sabido deslindar

cuando la suspensión es consecuencia de la negligencia o imprevisión -- culpable de la Administración y cuando es manifestación del "ius variandi". La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1979 dice a es te respecto lo siguiente:

"Que la suspensión de las obras adjudicadas definitivamente al señor S. CH. el 27 de noviembre de 1970 y comenzadas, con la debida autorización municipal, el 7 del mes siguiente, no fue motivada por ningún interés público de la competencia de la - Corporación contratante, sobrevenido o apreciado en aquel momento que fundara el correcto ejercicio del "ius variandi", - sino única y exclusivamente por la caducidad de las autorizaciones otorgadas por RENFE el 6 de julio y 19 septiembre 1970 y cuya prórroga no se solicitó dentro del plazo de su vigencia; de aquí, que esta suspensión no pueda asimilarse a la paralización provisional a que se refiere el artículo 127 del - Reglamento de los Contratos del Estado (aplicable a la contratación local en virtud de la disposición adicional 2ª del - - Regl. de 9 enero 1953, al no existir en este ámbito normas específicas), puesto que no se funda en la inviabilidad provisional de la ejecución del proyecto ni en la necesidad de modificar ciertas obras ni, mucho menos, en reservas del contratista; por otra parte, tampoco se debe a las causas previstas en el art. 20 del Pliego de Condiciones facultativas".

Esta misma sentencia declara el derecho del contratista no sólo a ser resarcido de los daños y perjuicios, sino a la resolución del contrato, pues no admite que la suspensión de las obras sea un trámite para obtener unos permisos que deberían haberse conseguido en su momento para que la obra pudiera realizarse de acuerdo con el contrato. El - razonamiento de la sentencia es el siguiente:

"Que la autorización del órgano gestor de la porción de dominio público estatal al que afectan las obras contratadas es imprescindible para su realización (arts. 33 y 50 del Estatuto de RENFE, de 23 de julio 1964) y representa un condicionamiento previo e insoslayable de la competencia municipal, de suerte que su no obtención o su pérdida imposibilita la eje-

cución del contrato e incluso su perfección; por otra parte, no es posible especular con la posibilidad de conseguir nuevo permiso, puesto que, aun cuando su otorgamiento no sea -- discrecional, deben contemplarse todos los intereses que inciden en el sector y así ha sucedido en el supuesto examinado, ya que las obras que, por cuenta de la Jefatura de Carreteras, se están realizando en el kilómetro 249/546 de la vía férrea ha pospuesto indefinidamente la iniciativa municipal. Así pues, la negligencia de la Corporación al dar lugar a la caducidad de las autorizaciones ha venido a convertirse en -- obstáculo insuperable, en la coyuntura concreta contemplada, para la ejecución del contrato, lo que faculta al contratista para solicitar su resolución, con base en el art. 66 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y -- ejercitar la pretensión de resarcimiento amparada en el artículo 92 del mismo texto legal".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue, pues, los -- casos en que la suspensión de las obras es una consecuencia de la necesidad técnica de modificar un proyecto para adaptarlo a la realidad o a las circunstancias que en toda obra se presentan, de aquellos otros en -- que la suspensión es consecuencia de la negligencia o imprevisión culpable de la Administración que se ve en la necesidad de suspender las -- obras por no haber puesto a su debido tiempo los medios indispensables -- para que el contratista pueda trabajar, como son los permisos o autorizaciones administrativas, los terrenos expropiados, etc. Las consecuencias que se derivan de uno y otro caso son importantes, porque mientras que en los primeros el contratista, como veremos enseguida, ha de soportar una parte del perjuicio económico que la suspensión implica, en los segundos, la Administración se hace responsable totalmente de los daños y perjuicios causados al contratista por su incumplimiento del contrato -- (artículo 158 RCE).

Cuando la suspensión de la obra se acuerda en el ejercicio de la potestad de modificación del contrato que tiene reconocida la Admi--

nistración, el contratista tiene la obligación de aceptar dicha suspensión e incluso se le imponen, dentro de unos límites, las consecuencias adversas que se han originado. Según el artículo 148 RCE "si la Administración acordase la suspensión temporal de las obras por espacio superior a una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso, si aquélla excediera de seis meses, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios que éste pueda efectivamente sufrir". Esta norma sólo puede tener razón de ser si la suspensión está motivada por razones ajenas a la voluntad de las partes, pues sólo así se concibe que se produzca un reparto de la carga económica que implica la suspensión; el contratista deberá soportar el mayor coste que la paralización le produzca siempre que no dure más de una quinta parte del plazo o seis meses como máximo, pero superados estos límites, es la Administración - - quien debe soportar el perjuicio dejando indemne al contratista.

El artículo 65 PCAG señala que la determinación de la indemnización atenderá, entre otros factores, a la perturbación que la suspensión hubiera producido en el ritmo de ejecución previsto en el programa de trabajos, con la consiguiente repercusión en la utilización de la maquinaria y de personal y a la relación que represente el importe de las partes de obra a que alcanza la suspensión con el presupuesto total de la obra contratada. Son pues criterios no exclusivos, por lo que pueden utilizarse otros diferentes para probar la efectividad del daño causado por la paralización (19).

La suspensión de las obras puede tener una influencia negativa en relación con la revisión de precios, fundamentalmente por dos causas. La primera, si se ha contratado la obra sin revisión de precios por ser de breve duración, pero debido a la suspensión de la obra ésta se ejecuta mucho después del tiempo inicialmente previsto. En tal supuesto el contratista tiene derecho a que la indemnización por paralización --

comprenda también el mayor coste que hayan experimentado los materiales y mano de obra por el desfase de ejecución (20). La segunda si existe pacto de revisión de precios, pues entonces la suspensión de la obra -- puede ser motivo de que se desplace en el tiempo el primer veinte por ciento exento de revisión (artículo 4 LRP). La Junta Consultiva ha sentado en estos casos una doctrina favorable a la indemnización del mayor coste que sufre el contratista tomando como criterio para la cuantificación del perjuicio la diferencia o comparación entre la revisión con la exención del veinte por ciento calculable según la programación teórica de la obra y la revisión con la exención del mismo veinte por ciento -- producido en el momento real de ejecución de la obra como consecuencia de la suspensión (21).

Por último, la suspensión de la obra puede tener unas consecuencias más graves en el contrato, pues si es definitiva o dura más de un año, cualquiera de las partes puede pedir la resolución del contrato (artículo 157 RCE, apartado 3). De este tipo de suspensión nos ocuparemos más adelante.

4. Suspensión temporal total y parcial..- Siempre que la Administración acuerde la suspensión temporal de la obra debe concretar si afecta a toda o parte de la misma. La cláusula 63 PCAG dice que "si la suspensión temporal sólo afecta a una o varias partes o clases de obra que no constituyen la totalidad de la obra contratada, se utilizará la denominación "suspensión temporal parcial" en el texto del acta de suspensión y en toda la documentación que haga referencia a la misma; si a la totalidad de la obra contratada, se utilizará la denominación "suspensión temporal total" en los mismos documentos". En ningún caso se utilizará la denominación "suspensión temporal" sin concretar o calificar el alcance de la misma.

Esta distinción entre suspensión total y parcial no debe operar únicamente a efectos de que la Administración conozca el alcance de

la paralización de la obra por su mayor o menos influencia en el desarrollo de la misma. También resulta útil la distinción desde el punto de vista económico, particularmente en cuanto a la indemnización que debe abonarse en su caso al contratista. Es cierto que el artículo 148 RCE, según hemos visto anteriormente, habla simplemente de suspensión temporal, pero aunque sólo sea parcial también puede dar lugar a que se tenga que indemnizar al contratista, pues así se desprende de la cláusula 65 PCAG, a la que ya nos hemos referido, según la cual para cuantificar la indemnización se debe atender, entre otros factores, a la relación que representa el importe de las partes de obra a que alcanza la suspensión con el presupuesto total de la obra contratada. Sin embargo, la jurisprudencia ha mantenido a veces un criterio contrario al que sustentamos, -- por entender que no procede indemnizar si la naturaleza de la obra permite su realización fraccionada. A nuestro juicio, este razonamiento no sólo desconoce una norma reglamentaria (la cláusula 65 PCAG), sino que además es contrario a la naturaleza del c.o.p., en el que por principio no se pacta una obra fraccionada sino una obra completa como concreción del resultafo final del trabajo a cargo del contratista.

Cuestión diferente es lo de si la suspensión temporal parcial que dura más de un año puede ser causa de resolución del contrato. Una respuesta a esta cuestión no se encuentra en las normas vigentes pero -- parece lógico concluir que el derecho de resolución estará en función -- del alcance de la parte de obra suspendida, medido con criterios técnicos y económicos (22). En cambio, la suspensión temporal parcial definitiva, no es posible, pues equivaldría a una segregación parcial de la obra contratada, supuesto que solamente se puede encauzar dentro del -- "ius variandi", regulado en los artículos 150 y 157, apartado 2 RCE, -- con los límites del veinte por ciento del presupuesto o de que se trate de una alteración sustancial del proyecto inicial, como condicionantes

del carácter obligatorio o no de la segregación para el contratista.

5. Suspensión definitiva y desistimiento.- La suspensión de las obras tiene todavía una mayor repercusión en el contrato cuando tiene carácter definitivo o una duración superior al año, situación a la que también se asimila el desistimiento unilateral de la Administración (artículo 162 RCE).

La distinción entre suspensión definitiva y desistimiento unilateral no resulta convincente dentro de la contratación administrativa, porque los efectos son los mismos y en cierto modo parece que el desistimiento es una causa de resolución del contrato que exime a la Administración justificar los motivos que le llevan a ello, a diferencia de lo que ocurre con la suspensión que, como ya hemos visto se justifica necesariamente por la necesidad de modificar y adoptar el proyecto a las circunstancias que la realidad impone.

En cambio, sí se advierten diferencias entre la suspensión definitiva o desistimiento unilateral acordados de manera expresa y la suspensión definitiva tácitamente deducida por el transcurso de un año.

En los casos de suspensión definitiva o desistimiento unilateral expresos, el contratista, según los artículos 53 LCE y 162 RCE tiene derecho al valor de las obras efectivamente realizadas, y al beneficio industrial de las dejadas de realizar. Y añade este último precepto, que "se considera como obra efectivamente realizada, no sólo la que pueda ser objeto de certificación por unidades de obra terminadas, sino también las accesorias llevadas a cabo por el contratista y cuyo importe forma parte del coste indirecto a que se hace mención en el artículo 67 de este Reglamento, así como también los acopios situados a pie de obra." Se entiende por beneficio industrial la cantidad resultante de aplicar

el coeficiente del 6 por 100 al presupuesto de ejecución material, con deducción de la baja de licitación, en su caso.

El RCCL establece simplemente los efectos derivados del desistimiento disponiendo en su artículo 70 que "si la Administración desistiese de llevar a cabo lo que fuera objeto de la obligación contraída o considerar más conveniente asumir su ejecución directa, en los casos permitidos por el artículo 311 de la Ley, podrá denunciar el contrato - con resarcimiento al contratista de los daños e indemnización de los -- perjuicios que se le causaren".

Cuando la suspensión dura más de un año, los efectos pueden ser distintos según que el contratista pida o no la resolución del contrato. Según el último párrafo del artículo 162 RCE, transcurrido un año de la suspensión temporal, acordada por la Administración, sin haber ordenado la reanudación de las obras, el contratista tendrá opción entre solicitar la indemnización a que se refiere el artículo 148 de este Reglamento o instar la resolución del contrato con los efectos previstos en el primer párrafo de este artículo. Es decir, que el contratista puede elegir entre, mantener una actitud de espera con la obra paralizada, supuesto en el que tiene derecho a la indemnización del artículo 148 RCE, o pedir la resolución del contrato, con el derecho en este caso a que se le abone la obra ejecutada y el beneficio industrial de la dejada de ejecutar.

La redacción del párrafo último del artículo 162 RCE ha suscitado la cuestión de si son compatibles las indemnizaciones del artículo 148 RCE y 162 RCE, cuando es la Administración la que decide suspender definitivamente las obras respecto a las cuales ya la misma Administración había acordado anteriormente la suspensión temporal. A esta - - cuestión le dedicamos el epígrafe siguiente.

6. Posibilidad de acumular las indemnizaciones "ex" artículos 148 y 162 RCE..- Como acaba de indicarse, el problema que se plantea es si el contratista puede acumular las indemnizaciones por suspensión temporal y suspensión definitiva de las obras, acordadas sucesivamente por la Administración. La cuestión tiene gran transcendencia práctica y ha cobrado relevancia por la reiterada postura adoptada por el Consejo de Estado.

Los dictámenes de 4 de octubre de 1973 (Expediente núm. 38692) 29 de noviembre de 1973 (Expte. 35894) y 29 de octubre de 1981 (Expte. núm. 42460), entre otros, exponen una doctrina que cabría denominar "de la suspensión de la obra como acontecimiento unitario" o también de "la absorción de indemnizaciones" (23). En el último Dictamen citado, el Consejo de Estado parte de considerar que se produce una situación de "suspensión prolongada", en la que cuenta únicamente la cantidad de tiempo que va transcurriendo de tal modo que a medida que se van alcanzando determinados hitos temporales se van produciendo automáticamente determinados efectos jurídicos. Este enfoque básico es el que se desprende del siguiente texto del Dictamen que transcribimos a continuación:

"A.- Si la suspensión termina antes de los 6 meses, o de una quinta parte del plazo total, el contrato subsiste, sin ningún efecto especial (artículos 49 de la Ley y 148 del Reglamento, a sensu contrario).

B.- Si la suspensión sobrepasa dicho límite, sin rebasar el año, el contrato subsiste también, pero el contratista tiene derecho a que la Administración le abone los daños y perjuicios efectivos que el retraso le ocasiona, siempre que los demuestre (artículos 49 de la Ley y 148 del Reglamento).

C.- Si la suspensión se prolonga más de un año, supuesto equivalente a la suspensión definitiva de las obras, nace una causa de resolución ejercitable por las partes contraton-

tes. Si no se ejercita, el contrato subsiste y el contratista tiene derecho a ser indemnizado en los mismos términos del supuesto anterior (artículo 162 del Reglamento).

Si por el contrario el contratista o la Administración optaran por la resolución contractual, el contrato se extingue y aquél tiene derecho a que la Administración le abone el beneficio industrial de la obra pendiente (artículos 53 de la Ley y 162 del Reglamento)".

Inmediatamente, el dictamen establece la tesis de que cuando, por ser la suspensión de la obra de una duración superior a un año, la Administración o el contratista optan por la resolución del contrato, éste último sólo tiene derecho al beneficio industrial de la obra pendiente, y esto absorbe "todas las pretensiones indemnizatorias derivadas del contrato". Sin embargo y pese a la transcendencia de tal afirmación, el Consejo de Estado no ofrece un precepto legal o reglamentario que concretamente establezca esa "absorción" de indemnizaciones. El Consejo de Estado funda su tesis en "precedentes legislativos" y en la "lógica interna de preceptos". Textualmente dice el dictamen:

"Este último concepto, como reiteradamente ha expresado este - Alto Cuerpo en ocasiones anteriores, absorbe todas las preten siones indemnizatorias derivadas del contrato, cualquiera que sea su causa. Así lo corroboran tanto los precedentes legisla tivos (artículo 56 del Pliego de Condiciones Generales de - 1903), como la propia lógica interna de los preceptos, en la secuencia temporal que acaba de ser expuesta. La Ley quiere - dejar indemne al contratista por las suspensiones de obra -- decididas por la Administración (salvados los 6 primeros me ses de franquicia indemnizatoria); para ello, pide al contra tista que acredite los daños y perjuicios efectivamente su-- fridos siempre que el contrato subsista, sea cual fuere el - tiempo que dure la suspensión; y globaliza la indemnización - en un tanto alzado cuando el contrato se resuelve, por inicia tiva del contratista si la suspensión excede del plazo de un año, o por decisión administrativa, si suspenden las obras de modo definitivo".

Sin embargo esta argumentación del Consejo de Estado no atiende al origen y finalidad de las indemnizaciones que no considera acumulables.

El artículo 148 RCE está incluido en la sección cuarta del capítulo V del título II del Libro II, rubricado "Modificación del contrato de obras" y la indemnización que en él se regula tiene como finalidad el mantenimiento del equilibrio económico del contrato alterado -- por la modificación acordada por la Administración. Aunque la duración de la paralización tiene relevancia para establecer una especie de franquicia en favor de la Administración lo cierto es que no debe perderse de vista que la indemnización trata de compensar o paliar un quebranto económico causado por un acto de la Administración modificativo de las condiciones contractuales, particularmente del plazo convenido, por la necesaria inactividad del contratista. Así pues, el derecho a la indemnización nace tan pronto la suspensión de las obras excede de los seis meses (o de la quinta parte del plazo) y tiene como finalidad específica el resarcimiento de "los daños y perjuicios que éste pueda efectivamente sufrir". Derecho que puede ejercitarse en cualquier momento durante la vida del contrato ya que no tiene fijado ningún plazo preclusivo o de caducidad.

En cambio, el artículo 162 RCE está incluido en el capítulo VI del título II del Libro Primero del RCE, dedicado a regular las causas y efectos de la resolución del contrato de obras. No se puede entender bien dicho artículo 162 RCE sin conocer antes lo que establecen los artículos 52 LCE y 157 RCE.

Estos artículos determinan las causas por las que el contrato puede quedar resuelto. Empieza por ello diciendo: "son causas de resolución del contrato de obras ,...". Y en lo que aquí interesa conviene --

destacar su apartado 3 que considera como causa de resolución:

"La suspensión definitiva de las obras, acordada por la Administración, así como la suspensión temporal de las mismas, - por un plazo superior a un año, también acordado por aquélla".

Del precepto se desprende también que tanto la Administración como el contratista pueden poner en juego estas causas resolutorias - - (realmente son dos). La Administración puede acordar la suspensión definitiva, lo que es lo mismo que el desistimiento unilateral del contrato, cosa que, en cambio, no puede hacer el contratista. Lo que este último - puede hacer es pedir la resolución del contrato si la suspensión temporal excede del año, facultad o derecho que también tiene la Administración.

Ahora bien, la Administración no puede ejercitar la facultad resolutoria del contrato basada en el automatismo del cumplimiento del - año, pues el artículo 131 RCE es categórico al decir que "la paralización total de las obras o la suspensión definitiva de las mismas sólo podrá - verificarse por motivo grave y mediante acuerdo del órgano que celebró - el contrato correspondiente a propuesta del facultativo competente de la Administración". El transcurso de un año no es de por sí un motivo grave para suspender el contrato y si no lo es para tal suspensión que entraña una verdadera modificación menos lo puede ser cuando de lo que se trata es de resolverlo.

La LCE y RCE después de establecer las causas de resolución - del contrato han fijado en artículos sucesivos, los efectos que se producen como consecuencia de la resolución del contrato, en función de la - causa que ha operado.

Concretamente a las causas del apartado 3 de los artículos 52 LCE y 157 RCE corresponden los efectos regulados en el artículo 162 RCE en estos términos:

"Si la Administración decidiese la suspensión definitiva de -- las obras o dejase transcurrir un año desde la suspensión temporal sin ordenar la reanudación de las mismas, el contratista tendrá derecho al valor de aquéllas efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar (artículo 55 LCE).

Se considera como obra efectivamente realizada no sólo la que pueda ser objeto de certificación por unidades de obra terminadas, sino también las accesorias llevadas a cabo por el contratista y cuyo importe forma parte del coste indirecto a que hace mención el artículo 67 de este Reglamento, así como también los acopios situados al pie de obra.

Se entiende por beneficio industrial la cantidad resultante de aplicar el coeficiente del 6 por 100 al presupuesto de ejecución material con deducción de la baja de licitación en su caso.

El desistimiento de las obras por la Administración tendrá los mismos efectos que la suspensión definitiva de las mismas.

Transcurrido un año de la suspensión temporal, acordada por la Administración, sin haber ordenado la reanudación de las obras el contratista tendrá opción entre solicitar la indemnización a que se refiere el artículo 148 de este Reglamento o instar la resolución del contrato con los efectos previstos en el -- primer párrafo de este artículo."

Regula este artículo los derechos del contratista en sede de -- resolución del contrato. Esto es muy importante no perderlo de vista para no llegar a conclusiones erróneas, propiciadas por la defectuosa re-- dacción de este artículo.

En efecto, del primer párrafo del artículo 162 RCE parece des-- prenderse que el derecho que en él se reconoce al contratista al valor

de las obras efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las -
dejadas de realizar, se ostenta "si la Administración decidiese la sus--
pensión definitiva de las obras o dejase transcurrir un año desde la sus-
pensión temporal sin ordenar la reanudación". Sin embargo tal derecho --
del contratista deriva de que el contrato se resuelva por uno de esos --
dos motivos. Es pues el rompimiento del vínculo contractual lo que deter-
mina el derecho del contratista y esto importa ser destacado para no - -
caer en la equivocada argumentación de la suspensión temporal que devie-
ne en definitiva como hecho único determinante de una sola indemnización.

Por consiguiente, la interpretación lógica, teleológica y sis-
temática de los artículos 148 RCE y 162 RCE sólo queda momentáneamente -
ensombrecida a la vista del texto del último párrafo del artículo 162 RCE
que volvemos a transcribir:

"Transcurrido un año de la suspensión temporal, acordada por -
la Administración, sin haber ordenado la reanudación de las -
obras, el contratista tendrá opción entre solicitar la indem-
nización a que se refiere el artículo 148 de este Reglamento
o instar la resolución del contrato son los efectos previstos
en el primer párrafo de este artículo".

Pudiera deducirse de este párrafo que una vez que la suspensión
temporal acordada por la Administración dura más de un año, el contratis-
ta tiene que optar entre dos alternativas indefectiblemente: a) o sigue
manteniendo el contrato, en cuyo caso puede solicitar la indemnización -
prevista en el artículo 148 RCE; b) o pide la resolución del contrato --
con los efectos previstos en el artículo 162 RCE, párrafo 1º (pago de la
obra ejecutada y beneficio industrial de la dejada de realizar).

Indudablemente la norma regula los derechos del contratista en
situación de espera ante lo que la Administración decida. Es una situa--

ción de silencio de la Administración.

Pues bien, en tal situación lo que este párrafo establece es que el contratista puede, si quiere, continuar en esa actitud de espera, con el derecho a ser indemnizado de acuerdo con el artículo 148 RCE. Pero adviértase que tal derecho no nace porque la suspensión temporal haya excedido del año. Tal derecho lo tiene ya adquirido por la suspensión -- superior a seis meses o a una quinta parte del plazo (artículo 148 RCE). Es, pues, incorrecta la frase de "Transcurrido un año de la suspensión ...", pareciendo que hasta que no pase ese tiempo no existe el derecho a la indemnización. Y también puede el contratista no esperar por más tiempo y solicitar la resolución del contrato. ¿Por qué puede hacerlo?. No evidentemente porque se le conceda este derecho en el párrafo último del artículo 162 RCE, sino porque según el artículo 157 RCE, párrafo 3º, el contratista puede pedir la resolución del contrato si la suspensión temporal excede de un año. Entonces si el contratista así lo hace, se ponen en marcha los efectos previstos en el artículo 162 para el caso de resolución del contrato por este motivo. Es decir, el contratista tiene derecho al valor de la obra realizada y al beneficio industrial de la dejada de realizar. Consecuentemente con esta causa y efectos que se definen y desprenden de los artículos 157 RCE y 162 RCE, párrafo primero, se dice después en el último párrafo de este último artículo que el contratista puede "instar la resolución del contrato con los efectos previstos en el primer párrafo de este artículo".

Mas lo que en modo alguno establece este párrafo último del -- artículo 162 RCE es que la opción por la resolución suponga la desaparición por durar la suspensión más de seis meses. Y no cabe presumir o -- suponer que así sea, pues la privación de un derecho debe ser estableci-

da de manera clara y terminante.

Si se analiza con objetividad el último párrafo del artículo - 162, podrá comprobarse que es completamente inútil y que no concede al - contratista algo que ya no tenga reconocido por otros preceptos básicos: arts. 49 y 53 de la LCE con mayor rango que aquél.

El tan repetido párrafo no es más que un recordatorio de lo -- que el contratista puede hacer ante el silencio o inactividad de la Administración. Puede seguir esperando a que este último decida, en cuyo - caso puede también pedir que se le indemnice por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la suspensión superior a seis meses y no - de un año como equivocadamente da a entender la norma. O puede el mismo contratista provocar la resolución del contrato, porque es un derecho -- que le concede el artículo 157 RCE, apartado 3, sin que ni este artículo ni ningún otro establezca que el ejercicio de la facultad resolutoria -- sea penalizado con la pérdida de un derecho previamente adquirido y por un título muy diferente cual es la modificación del contrato (artículo - 148 RCE).

El Tribunal Supremo ha contemplado algún caso que se relaciona con el artículo 162 RCE y en ello se apuntan dos líneas jurisprudenciales que aunque no sean contradictorias sí pueden interpretarse como en cierto modo divergentes.

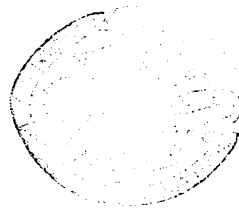
Vamos a referirnos en primer término a la sentencia de 18 de - diciembre de 1981, que contempla un caso de suspensión de obras por más de un año, que desembocó en la resolución del contrato. Esta sentencia - parece que detecta en la suspensión de las obras acordada por la Administración el incumplimiento de ésta, lo que no sabemos es si tal incumplimiento se aprecia por falta de motivo grave (artículo 131 RCE) o simple-

mente porque se equipara a un incumplimiento la interrupción de la obra ordenada por la Administración. En todo caso, lo que se pone de manifiesto en la sentencia es que el contratista tiene derecho a que se le indemnice tanto el daño emergente como el lucro cesante, como remedio para -- restablecer el equilibrio económico del contrato e incluso y con este -- mismo propósito se reconoce el derecho al resarcimiento por los perjuicios derivados de la depreciación monetaria. A continuación transcribimos los considerandos 2º y 3º de esta sentencia:

"CDO.: que el artículo 53 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril 1965 aplicable en el tiempo al supuesto que se contempla, en relación con el artículo 158 del Regl. de 28 de diciembre de 1967, otorga en los casos de incumplimiento por -- parte de la Administración una amplitud indemnizatoria que -- pretende que la economía del contratista salga indemne de la malograda actuación profesional contratada por causas ajenas a su voluntad, dentro del cual habrá de incluirse el costo de la obra efectivamente realizado y la de todos cuantos gastos ha podido llevar consigo la suspensión un día decretada de las obras objeto del contrato, provisiones que tienen su asiento legal en las normas que han sido objeto de cita y cuyos conceptos habrá de incluirse por mandato expreso del referido artículo 53 el beneficio industrial de las obras dejadas de realizar o el 15% del presupuesto de obra no realizada y pendiente de ejecución".

"CDO.: que si efectivamente han de ser satisfechos al contratista todos los perjuicios reales causados para que se restablezca el equilibrio en su patrimonio cumple tomar en consideración la depreciación que haya tenido la moneda consecuencia -- de las actuaciones imputables a la Administración ..."

Como puede verse, la sentencia es respetuosa con el principio de compensación integral de los sacrificios impuestos por la Administración a sus contratistas, resarciéndole tanto del daño emergente ("todos cuantos gastos han podido llevar consigo la suspensión un día decretada") como el lucro cesante (beneficio industrial de las obras dejadas de realizar).



La sentencia del 7 de marzo de 1981 matiza las consecuencias de rivadas de la suspensión de las obras, enseñando que no se produce un incumplimiento cuando la Administración suspende provisionalmente las obras, pues en ese caso está haciendo uso de una situación privilegiada. Esta misma sentencia, en su primer considerando, hace una interpretación del artículo 148 RCE y 162 RCE, si bien partiendo del hecho concreto de que el contratista había optado por la resolución del contrato. Este considerando dice textualmente lo siguiente:

"CDO.: Que, prioritariamente, al enjuiciamiento y resolución de la problemática litigiosa; preciso se hace analizar los -- dos supuestos de suspensión de obras por la administración y las consecuencias predicables en ambos casos, 'suspensión temporal de las obras por espacio superior a una quinta parte -- del plazo total del contrato o, en todo caso, si aquélla excediese de seis meses', -art. 148 del Regl. de 28 de diciembre 1967- por un lado y, por otro, 'la suspensión definitiva de -- las obras o el transcurso de un año desde la suspensión temporal sin ordenar la reanudación de las mismas', -art. 162 del calendado Reglamento de 1967 y art. 52-3 de la Ley de 8 de -- abril 1965- siendo las consecuencias de tales hipótesis, el -- abono por parte de la Administración al contratista de los daños y perjuicios que éste pudiera efectivamente sufrir y la -- opción del mismo ante el derecho del valor de las obras efectivamente realizadas y el beneficio industrial de las dejadas de realizar, si se decide por la resolución, o la indemniza-- ción a que se refiere el art. 148 del mencionado Reglamento, respectivamente, es decir, que en el primer supuesto la Admi-- nistración sólo abona al contratista los 'daños y perjuicios que éste pueda efectivamente sufrir, en cuanto que, cuando la Administración suspende provisionalmente unas obras, no hace sino ejercitar un derecho de su situación privilegiada que el interés colectivo aglutina y representa le ^(sic) proporciona, pero sin que ello implique incumplir las cláusulas del respectivo contrato, ya que por usar de un derecho que la Ley le atribuye no deja de observar una total conducta de incumplimiento -- de sus obligaciones y sin que tal proceder lleve en sí la resolución del contrato en cuestión, por lo que la Administra-- ción no debe indemnizar al contratista de los perjuicios que se le irroguen por la aludida suspensión de la obra por él -- efectuada, cuando por optar éste instando la resolución del --

así lo acuerda, mientras que, en el segundo de los supuestos el contratista procede optar entre solicitar la indemnización a que se refiere el art. 148, ya citado, o instar la resolución del contrato, pero sin que ambas facultades sean compatibles, en cuanto supondría que en ambos casos o supuestos se incumple el contrato de que se trata, cuando sólo es así en los casos de resolución, no en los de indemnización, en los que como se ha razonado, el contrato se cumple, bien entendido que se puede pedir la resolución después de haber optado por la indemnización, siempre que el incumplimiento (sic) del contrato resultase imposible, cesando esa opción, por último, cuando el contratista efectuó la mencionada elección".

Las últimas palabras de este considerando no son todo lo claras que sería de desear, pero con ellas parece sentarse la doctrina de que el contratista que ha optado por la indemnización del artículo 148 no puede después optar por la resolución, aunque sí puede hacerlo si no es posible cumplir el contrato.

Entendemos, pues, que se sustenta el criterio de que el contratista que pide la resolución del contrato resulta penalizado al perder el derecho a la indemnización por la suspensión temporal de las obras -- (artículo 148 RCE), aunque entendemos que no existe una base legal para que esto sea así. Y también parece mantenerse que cuando se ha optado por la indemnización del artículo 148 sólo es posible optar después por la resolución del contrato cuando se produce una imposibilidad de cumplir, aunque también es claro que esta segunda opción no lleva consigo la pérdida de la indemnización obtenida como consecuencia de la suspensión temporal de las obras.

7. Formalización de la suspensión.— En consonancia con el carácter excepcional que tiene toda suspensión de obra, se reviste de una determinada solemnidad al acuerdo en virtud del cual la Administración la decida. La cláusula 64 del PCAG regula las llamadas "actas de suspensión"

que se deben levantar siempre que la Administración acuerde una suspensión temporal, parcial o total de la obra o una suspensión definitiva. - El acta debe ir firmada por el Director y el contratista, haciéndose constar en ella el acuerdo de la Administración que originó la suspensión y definiéndose concretamente la parte o partes o la totalidad de las obras afectadas por aquélla. El acta se debe acompañar como anejo y en relación con la parte o partes suspendidas, la medición tanto de la obra ejecutada en dicha o dichas partes como de los materiales acopiados o piede obra utilizables exclusivamente en las mismas. La Dirección remitirá un ejemplar del acta de suspensión y su anejo a la Administración contratante.

Con todo, la formalidad del acta no es un requisito constitutivo de la situación jurídica creada por la suspensión de las obras. Se trata simplemente de un medio de prueba que corresponde preparar a la Administración y no al contratista, Por ello, aunque se produzca una omisión de esta formalidad, si el contratista puede demostrar la existencia de una suspensión o paralización de la obra acordada, aunque sea tácita, esto es, simplemente consentida por la Administración, ésta no se podrá oponer a la falta de una formalidad cuya observancia le incumbe a ella, para eludir la obligación de indemnizar. El Consejo de Estado aplicando el principio jurídico de que no se puede invocar la falta propia para no cumplir aquélla a que se está obligado (*allegans propriam turpitudinem - non auditur*) , ha sentado la siguiente doctrina:

"El escrúpulo formal que ha manifestado la Asesoría Jurídica, en cuanto a que la orden de suspensión de las obras tendría - que haber sido escrita, conforme al artículo 47 del Pliego de Condiciones Generales, no es suficiente, a juicio del Consejo de Estado, para impedir al contratista obtener la rescisión - en los términos propuestos, ya que se trata de una omisión imputable a la Administración, y sería contrario a la buena fe pretender desplazar al contratista las consecuencias dañosas

que de dicha omisión pudiera derivarse, por otra parte, en el expediente se reconoce que el Servicio ordenó la paralización de las obras, con objeto de redactar un proyecto que había de diferir esencialmente del anterior y cuya justificación se -- halla en razones materiales de fácil y obvia comprobación". (Dictamen de 20 de junio de 1962).

También la jurisprudencia otorga a las actas de suspensión un simple valor probatorio, pues lo que en definitiva importa es que la sus pensión haya tenido lugar y esta puede acreditarse por todos los medios de prueba lícitos en derecho e incluso deducirse de los propios actos de la Administración si es que la consiente (24).

N O T A S

(1) La doctrina procesal es la que ha logrado con mayor claridad la distinción entre término y plazo. GUASP J. dice: "Término es el momento de tiempo en que debe realizarse un determinado acto procesal; plazo, el espacio de tiempo en que debe realizarse, pudiendo ocurrir en cada uno de los momentos que lo componen" ("Derecho Procesal Civil" Madrid 1956 . p. 302.)

(2) "Quizá fuera por ello procedente, como norma general, considerando que no puede tenerse cabal certeza sobre la duración de la tramitación, que la propuesta del plazo se hiciera no en función de fechas fijas, sino de su duración, a partir del momento en que la obra puede ser ejecutada o reanudada; sistema que es, por otra parte, el habitual en los Pliegos de Condiciones". (Dictamen de 14 marzo 1.968. Expediente 35.903).

(3) La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1.978 dice en su considerando cuarto: "Que teniendo presente lo expuesto hasta aquí, igualmente hay que tener a la vista otro principio rector en la contratación administrativa: el deber del contratista de asegurar, en cuanto le sea posible, el normal y regular cumplimiento de las prestaciones a su cargo, lo cual, ciertamente, no ha tenido efectividad en este caso, pues el contratista ha tratado de escudarse en la modificación del proyecto inicial para justificar el retraso en el ritmo normal de las obras, cuando, como se desprende de las actuaciones disponibles, ello podría explicar sólo una parte, pero no la marcha general de las obras, en la forma en que han sido llevadas por este constructor".

(4) "La mera lectura de este precepto evidencia la dificultad de aplicarlo al caso del expediente, tal y como se deduce de los datos de hecho que constan en el mismo. En efecto, no se ha acreditado que el contratista hubiera incumplido plazo parcial alguno en el momento de iniciar el procedimiento de resolución del contrato, y es claro que en este momento el contratista tampoco había incumplido el plazo final, porque éste no había aún transcurrido. Según consta en los antecedentes, la fijación de los plazos parciales se remitió al programa de trabajos, pero tal programa no figura en el expediente y se ignora si fue formulado y aprobado, por lo que no se tienen elementos de juicio para determinar si el contratista ha incumplido los plazos parciales, que es el presupuesto de hecho fijado por la norma en que pretende ampararse la propuesta de resolución". (Dictamen 26 noviembre 1970. Exp. nº 37.294)

(5) La última sentencia citada dice textualmente: "Que de lo expuesto se desprende que la Administración ha incidido en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y, por ello (artículo 1101 del C. Civ. supletoriamente aplicable a tenor de los artículos 4 de la L.C.E. y 6 del Reglamento), queda sujeta a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, como en su--

puestos semejantes al aquí enjuiciado, ha reconocido el Tribunal Supremo, en cuyas sentencias de 17 de mayo 1973, 23 de junio de 1975 y 27 de octubre de 1976 ha declarado la procedencia de dicha indemnización cuando por causas ajenas al contratista e imputables a la Administración aquél se ha visto en la necesidad de alterar el ritmo normal de trabajo con el consiguiente incremento de costos".

(6) El Consejo de Estado ha tomado en consideración la aceleración de unas obras no acordado expresa y formalmente, a efectos de reconocer al contratista el derecho a ser indemnizado de los gastos financieros soportados por ese motivo. El Dictamen de 29 de noviembre 1973 (Expte. núm. 38.604) dice lo siguiente: "La Empresa insiste en su recurso en que fue el propio Director General de Carreteras quien imprimió urgencia a las obras del Proyecto reformado, cuando todavía no había sido aprobado y, por consiguiente, cuando no había crédito habilitado para el presupuesto adicional, no obstante lo cual la contrata aumentó el ritmo de la obra y aportó nuevos elementos de financiación, cuyos gastos bancarios ha soportado según las facturas números 124, 129 y 141 en su día pasadas a la Administración y no satisfechas, por el importe antes citado.

Estima el Consejo de Estado que en esta controversia deben ser atendidas las razones alegadas por la Empresa contratista, habida cuenta de la excepcionalidad de los hechos acreditados en el expediente, y sin que ello venga a alterar la doctrina tradicional sostenida por este Alto Cuerpo y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del rigor y formalidades exigibles a la alteración de las condiciones económicas establecidas en la contratación del Estado y, en especial, en materia de contrataciones de obras públicas".

(7) Dice esta sentencia "... reforzada esta afirmación con el principio establecido en el artículo 46 de la Ley invocada de que la ejecución de los contratos se realiza a riesgo y ventura del contratista, por lo que al no estar la demora en las causas enumeradas en dicho precepto, no pueden operar las consecuencias que en el mismo se recogen". Es decir, que en definitiva, el principio del riesgo y ventura impone la carga de pedir prórroga aunque el hecho en sí exonere de responsabilidad por el retraso.

(8) En el Dictamen de 11 junio 1963 (Expediente núm. 30.139) -- "El Consejo de Estado muestra su conformidad con el informe de la Asesoría Jurídica, que estima que el contratista no ha incurrido en morosidad, entendiendo que, habiendo cumplido el plazo final, la empresa tiene derecho a obtener la revisión de precios, ya que el incumplimiento de los plazos parciales no deberá tenerse en cuenta toda vez que, entre otras razones, se variaron en el transcurso de la obra las dimensiones de la pista".

(9) "... Por el contrario se ha ajustado (la Administración) a estos fines al velar por el interés público que exigía que la obra se terminase dentro del plazo fijado en el contrato pues, por definición y por la propia exigencia de las obras públicas, -

el interés está en que se realicen dentro del plazo previsto y en la forma estipulada ..." (STS 20 marzo 1972).

(10) "Reiteradamente ha considerado el Alto Cuerpo Consultivo que el contrato administrativo participa de la naturaleza del llamado "negocio fijo", o negocio jurídico, en el cual el término o plazo reviste un carácter esencial, del que se deriva la importante consecuencia de situar al contratista en situación material de incumplimiento -que legitimará una declaración rescisoria o, al menos, imputará al contratista las consecuencias desfavorables de la mora- si, llegado el término de la obligación, el contratista no hubiera realizado su prestación ni justificado el retraso de su actitud contractual, sin que la Administración tenga que cumplir el requisito de la interpelación o llamamiento a la otra parte contratante para que puedan surgir los efectos de la situación de mora". (Dictamen de 11 de diciembre 1964. Expediente núm. 33006).

(11) LOPEZ-FONT MARQUEZ, F., dice que "La idea del negocio fijo, pues, debe irse sustituyendo por la de soluciones alternativas, - que han de escogerse de cara a las exigencias que en cada momento represente el interés público. Hay que pensar que en la medida en que el incumplimiento del plazo es un supuesto fáctico que genera una determinada potestad administrativa, la decisión que en ejercicio de esa potestad se adopte es una decisión en muchos casos - discrecional, pero, como en toda discrecionalidad, el juego del fin de interés público ha de estar presente y la decisión no puede ser una o en una única dirección. En la propia legalidad de -- concesiones de obras públicas la solución venía desde unos puntos de vista diferentes. La propia jurisprudencia, en un Real Decreto, sentencia de 1879, afirmaba que aun cuando se haya incumplido el plazo que se dió al concesionario el Gobierno conservará siempre la facultad de prórroga, sin que juegue esa fatalidad del término a que reconducía la propia terminología de la Ley de Obras Públicas de 1877.

Cabe concluir, y el examen de la jurisprudencia a que se va a proceder es la mejor prueba, que la idea del negocio fijo acaba siendo un mito que sería conveniente abandonar, pues pertenece, una vez más, al conjunto de sabiduría convencional que frecuentemente impide una interpretación adecuada de la propia realidad jurídica. Sería un mito montado al hilo de una evolución, al final de la -- cual, según se dijo ya, acaba viéndose una menor rigidez en el planteamiento del plazo dentro del contrato administrativo, de lo que postularía la simple aplicación del Código civil y su concepción como una determinación accesoria de la voluntad pendiente sólo de la voluntad del contratante y no del juego de los intereses públicos". "El término en el contrato administrativo de obra" RAP 97 (207-306)

(12) Sentencias de 14 abril 1967, 9 de marzo 1973, 26 marzo 1974 13 mayo 1974, entre otras muchas.

(13) MORENO GIL, O., comentando la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1967 dice que "la sentencia mira con recelo

(casi con repugnancia) la idea de la omisión de la "interpellatio", lo cual se deduce de que después de haber menoscabado a la Ley de Contratos del Estado (y recalcadamente a la Ley de Bases) dice que la supresión de la "interpellatio" en la contratación administrativa "no pasa de ser una mera opinión doctrinal o el deseo de una reforma legal". Ello, después de haber insistido en la reiterada doctrina de las sentencias -- que menciona y de haber aclarado que tal doctrina es consecuente con la tesis tradicional mantenida por el Derecho romano y el común europeo, y que ha sido plasmado en el artículo 1.100 del Código Civil ("Contratos Administrativos", 1978, p. 854).

(14) PARADA VAZQUEZ, R. criticó duramente y con no poca ironía la supresión de la interpelación por la Administración, llevada a cabo por la LCE de 8 de abril de 1965, diciendo que: "En primer lugar se pretende que la Administración esté exenta de verificar la intimación expresa a que alude el artículo 1.100 del Código Civil, para que el contratista moroso incurra en las consecuencias del incumplimiento culpable por demora. Tal privilegio pretende fundarse en la omnipresencia del interés público en los contratos que celebre la Administración, que opera como una especie de recordatorio constante para el contratista y que hace innecesario el requerimiento o intimación de aquélla. En contra de esta doctrina, creemos que si el sagrado interés público exige la prontitud del cumplimiento de la obligación contraída, esta exigencia debe pesar primor--dialmente sobre los funcionarios de la Administración, a los que no es -- demasiado pedir, o bien que preventivamente incluyan una cláusula en el -- contrato salvando la necesidad de realizar la intimación en caso de re--traso del contratista, o bien que si la cláusula no se ha incluido en el contrato, dirijan al contratista un simple oficio en que conste la intimación expresa. Más, pues, que en una verdadera exigencia sustancial o -- institucional, parece que esta regla no encuentra otra justificación que la de cubrir la ocasional pereza administrativo". ("La Nueva Ley de Contratos del Estado". RAP núm. 47, p. 414). Dictamen 26 de noviembre 1970 Expte. 37294).

(15) La doctrina italiana distingue los contratos de ejecución continuada o periódica de los contratos como el "appalto", que son de ejecu--ción prolongada. Estos últimos se consideran como una tercera categoría intermedia entre las obligaciones de ejecución instantánea y las duraderas. RUBINO dice que la ejecución "continuata", por la naturaleza misma de la prestación se extiende en el tiempo sin solución de continuidad, de tal modo que, al menos idealmente, se puede descomponer en actos singulares que pueden satisfacer una parte correlativa del interés del -- acreedor (locación, depósito, etc.). En el "appalto", el transcurso de un cierto tiempo también es necesario, produciéndose una ejecución prolongada, pero además la ejecución es "continuativa" en el sentido de que la obra se ha de realizar con el ritmo necesario para la terminación en plazo y para que no se produzcan deterioros o dificultades técnicas en la obra ya ejecutada que impidan la inserción de las partes sucesivas. Ob. cit. pp. 295 y 326.

(16) "No es bastante en la contratación administrativa una orden o aviso del contratista al Arquitecto sobre la necesidad de modificar o adicionar un proyecto, para que se justifique la paralización de la obra" (sentencia de 20 de marzo de 1972). "La paralización, menor ritmo o suspensión de los trabajos no encuentra soporte o apoyo en acto o resolución alguna de la autoridad administrativa, ni incluso de la dirección técnica de la obra; por lo que en definitiva el retraso sufrido a lo largo del proceso de construcción y subsiguiente entrega fuera de la fecha convenida es enteramente imputable al contratista". (S. 5 Octubre 1979)

(17) "Corresponde a la Administración la facultad o derecho de disponer que cese o se suspenda la realización de las obras". (Dictamen de 30 junio 1965. Expediente núm. 34057).

(18) CIANFLONE. Ob. cit. p. 584.

(19) La sentencia de 18 octubre 1979 ofrece un ejemplo de cómo pueden aceptarse o rechazarse las partidas propuestas para fijar el importe de la indemnización: "Que siguiendo el análisis de las partidas propuestas, la que hace referencia a "gastos correspondientes a maquinaria e instalaciones no utilizables que se han de retirar de la obra sin haberlas empleado" no puede ser objeto de estimación positiva en su integridad ya que su misma concepción es negatoria, puesto que su descripción permite deducir se trata de elementos móviles, máxime cuando en el ap. 1º se hace referencia a maquinaria e instalaciones, caracterizadas por una relativa perdurabilidad en razón a su adscripción a la ejecución de la obra principal y, en el apartado que contemplamos, el lógico proceder del contratista, de acuerdo con un actuar diligente, una vez decretada la suspensión de las obras por una causa tan trascendente como la referente a la equivocada valoración geológica del suelo, era proceder a retirar esos elementos móviles y no mantenerlos durante todo el tiempo que duró la suspensión, circunstancias que reducen los conceptos que se señalan como indemnizables al exclusivo de su transporte, corriendo suerte negativa la pretensión en caminata a estimar como sumando del total indemnizable el que se solicita como "gastos bancarios sobre fianzas depositadas", ya que implica olvido del actuar diligente de un lado, y de otro, en cuanto que su mantenimiento constituyó una de las circunstancias decisivas para la adjudicación de las obras resultantes del proyecto modificado, y por ello, en esta partida no puede apreciarse la existencia de causa motivadora de perjuicios que pueda entrar como base para su apreciación cuantitativa en período de ejecución de sentencia, característica de que participa también la partida que se interesa bajo la expresión ambigua e incierta de "impuestos varios", porque independientemente de la imprecisión de la pretensión los impuestos no pueden conceptuarse como causa motivadora de indemnización, cuando además concurre en la empresa actora la cualidad de sociedad mercantil, siendo actividad de la misma la construcción y, por consiguiente tiene la condición de sujeto pasivo para la satisfacción de impuestos.

Que otra suerte corre la partida cuyo abono se postula en base al "sostenimiento y conservación durante seis años de poblado, obras e instalaciones, como base integrante del total indemnizable en cuanto a los supuestos que sirven para formular su reclamación --guardería, conservación, energía eléctrica y viviendas- siempre que en el momento procesal, de ejecución de sentencia, se justifi que el orden cuantitativo que se pretende, con la limitación de los conceptos que sin perjuicio de su valoración cuantitativa han sido objeto de estimación de modo total o parcial".

(20) La sentencia de 23 de junio de 1980 aborda la cuestión indicada resolviendo favorablemente: "que como ya se recoge en la sentencia apelada y está reconocido en la Nota Propuesta del Jefe de la Sección de Construcciones Escolares del Mº Educación y Ciencia, el 21 y 23 marzo 1972 se procedió a levantar las Actas de Comprobación del replanteo correspondientes a 10 de los 13 Centros y, con fecha 26 de abril siguiente las de otros dos Centros (Vigo-Corujo y Vigo-Canoy), por lo que al resultar alterada en el tiempo la fecha prevista como iniciación de las obras (1 marzo 1972) con la conformidad del contratista, ninguna indemnización cabe reconocer a su favor por el hecho de no haberse iniciado las obras en la fecha prevista en el contrato, sino que debe entenderse aceptada esta variación de fechas por la contrata que no tiene derecho a indemnización por este hecho; mas como en el desarrollo del contrato no sólo resulta dilatada la fecha de confrontación o comprobación de replanteo, que ha originado retrasos en el comienzo de las obras, sino también suspensiones de las mismas que, en cuanto excedieron de la quinta parte del plazo de los 7 meses convenidos, obliga a que la Administración abone a la contrata los daños y perjuicios que la demandante acredite haber sufrido realmente por esta causa, por ser indudable que dado el corto plazo de ejecución fijado, unido a la expresa exclusión de revisión de precios, hay que entender que la Administración debió tener a disposición de la contrata, en la fecha de la adjudicación, los terrenos idóneos en que se iban a construir las unidades escolares y solucionadas todas las demás incidencias que obligaron a la contrata a las paralizaciones temporales sufridas, en la ejecución de las obras, tales como, los accesos a los solares, la existencia de los correspondientes servicios de agua y electricidad a pie de obra, que impidieron la terminación de las obras hasta las fechas que se señalan en las Actas de Recepción Provisional, quedando obligada la Administración, por consecuencia de estos incumplimientos al abono de los perjuicios que, por tales causas, se hayan irrogado al contratista, conforme a lo dispuesto en los artículos 49 y 53 de la Ley de Contratos del Estado (R. 1965, 771 y N. Dicc. 7365) y 148, 150, 157 y 162 del Reglamento General de la Contratación Administrativa (R. 1968, 209, 483 y N. Dicc. 7370) por ser manifiesto que los precios de las distintas unidades de obra fueron fijados en consideración al ritmo acelerado de ejecución pactado, por lo que al prolongarse en el tiempo es lógico y justo que los mayores costos que hayan experimentado los materiales y la mano de obra deben ser abonados al contratista por la Administración contratante, debiendo fijarse como fecha final la de 30 -

de noviembre 1974 por ser la que coincide con la determinación -- del plazo contractual del Proyecto de Obras adicionales como de finalización real de las mismas y ser, además, la que resulte de -- las Certificaciones de Obras del Proyecto Adicional acompañadas - con la demanda como documentos núms. 3 y 4 procediendo por todo - lo expuesto confirmar la sentencia apelada, excepto en el punto - relativo a la fecha de iniciación de las obras que se tendrán co- mo tales las correspondientes a las del replanteo en cada uno de los Centros, al haber existido conformidad de las partes contra- -- tantes en no iniciar las obras antes de esas fechas".

(21) Los daños ocasionados a la empresa XX vienen determinados por el hecho de que el primer 20 por 100 del volumen de obra exen- to de revisión se desplazó en cuanto a su ejecución a un período ulterior al previsto en el programa de trabajo y, como consecuen- cia, habida cuenta de la tensión alcista de los precios, se pro- dujo un encarecimiento en los costos en este porcentaje por enci- ma de las previsiones iniciales. Por lo que se refiere a la meto- dología adoptada por el organismo consultante para el cálculo de la indemnización, en la forma que indica su Asesoría Jurídica, se estima correcta, si bien se puede hacer la observación siguiente ..." (Informe 29/75).

(22) El Consejo de Estado ha admitido la resolución de un con- trato por suspensión parcial de las obras por más de un año ponde- rando especialmente la conducta culposa de la Administración. El Dictamen de 4 de abril 1974 (Expediente núm. 38.929) dice lo si- -- guiente: "A la vista de estas circunstancias, invocar la pretendi- da inactividad del contratista en la parte de obra no suspendida como causa suficiente para resolver el contrato por incumplimien- to del plazo contractual, con pérdida de la fianza proporcional a la obra no suspendida, cuando la Administración sigue sin haber - resuelto el problema de la retirada de las líneas de alta tensión, carece absolutamente de base y, en vista de ello, el Consejo de - Estado rechaza las propuestas que en ese sentido se contienen en este expediente. No cabe duda que, de acuerdo con el principio de Derecho que prohíbe derivar beneficios del propio incumplimiento (allegans propriam turpitudinem non auditur), la Administración no puede reprochar al contratista -ni extraer consecuencias jurídi- -- cas- de una conducta del mismo que encuentra su causa en la propia actuación (o mejor dicho, omisión) de la Administración. El con- tratista no ha incumplido ningún plazo contractual, sino que ha - ejecutado toda la obra que le resultaba posible, y luego, lógica- mente, ha entrado en fase de inactividad porque nada más podía -- hacer. Pretender que siga solicitando prórroga tras prórroga con todo el material y maquinaria a pie de obra, inmovilizando recur- sos humanos y financieros, hasta que la Administración consiga li- berar los terrenos de unas obras contratadas por un plazo de eje- cución de dieciocho meses, y que cuatro años después de su adjudicación ni siquiera han podido empezarse, al menos en una parte i considerable de las mismas, excede en mucho a sus obligaciones -- contractuales.

Desde esta perspectiva, no cabe duda que se está ante un supuesto típico de resolución por suspensión temporal de las obras por - -

plazo superior a un año decretada por la Administración, suspensión que hasta la fecha de iniciación del expediente no había sido levantada y que, a pesar de ser sólo parcial, constituye causa suficiente para impedir la realización del contrato en su totalidad por causas evidentemente no imputables al contratista. Tal supuesto encaja dentro del apartado tercero del artículo 52 de la Ley de Contratos del Estado, cuyos efectos se regulan en el artículo 53 de dicha Ley, que concede al contratista el derecho al valor de las obras efectivamente realizadas y el beneficio de las dejadas de realizar, que se ha establecido, de acuerdo con doctrina sentada por este Consejo de Estado, en el 6 por 100 del importe líquido de ejecución material de las obras dejadas de ejecutar, -- calculado teniendo en cuenta el coeficiente de baja de adjudicación de la contrata, cantidadalzada que engloba y concreta la indemnización de daños y perjuicios a percibir por el contratista en estos casos".

(23) Esta doctrina no es pacífica en el Alto Cuerpo Consultivo, pues al Dictamen de 7 de octubre de 1973 se formuló un voto particular que con toda suerte de argumentos rebate la tesis mayoritaria. (Vid. Recopilación de Doctrina Legal 1973-74 y 74-75, p. 665 ss.)

(24) La sentencia de 13 de noviembre de 1978 dice a este propósito: "Que de los antecedentes aportados al expediente y a los -- presentes autos resulta evidente que en el desarrollo de la ejecución de la contrata adjudicada a la empresa recurrente, a los -- efectos de su resolución, existen dos momentos o fechas bien distintas y diferenciadas, una la fecha de la suspensión total acordada por la Empresa Vallina el 23 de marzo de 1972, despues de manifestar la Dirección Técnica la necesidad de sustituir la cimentación prevista en el Proyecto por la especial de pilotes (sistema Rodio) para el edificio central, no para el resto de la obra (las zonas posterior del edificio y el gimnasio); suspensión que respecto al edificio tampoco cabe duda que no fue debida a causa imputable al contratista, pues las obras del edificio central tenían que ser paralizadas al comprobar la Dirección Técnica que la naturaleza del terreno era inadecuada para la cimentación proyectada, precisando un procedimiento especial de cimentación, confecciona uno nuevo de Reformado, lo que forzosamente repercute en la obra central a levantar, la paralización es forzosa, por ser elemental que la cimentación ha de ser anterior al resto de la edificación, de ahí que mientras no se ejecutó la cimentación especial por la empresa adjudicataria del Proyecto Reformado, la Administración consintió la paralización de los trabajos por el contratista, pero solamente en cuanto al edificio central, y la circunstancia de -- que la Administración no haya adoptado en marzo 1972 una declaración formal de suspensión temporal, no desvirtúa el hecho cierto y real de que la causa de la paralización de las obras del Edificio Central no era imputable al contratista, sino a la Administración, como lo confirman la conducta pasiva coetánea y los actos -- posteriores de la propia Administración que deja transcurrir el -- resto del año 1972 sin decir nada ni tomar medida alguna, sobre -- esta paralización de obras, hasta que en 8 enero 1973 la Administración tomó el acuerdo de suspensión total de las obras por dos

meses, a contar de dicha fecha, por ser el tiempo fijado a X en la adjudicación de la obra de cimentación especial, desprendiéndose de lo expuesto que no es el 8 enero 1973 la que marca la fecha de la suspensión, sino que la fecha a partir de la que realmente hubo necesidad de paralizar la obra central es la anterior, la de 23 marzo 1972, y duró hasta el 9 marzo 1973 en que se levantó el Acta de recepción provisional (Documento núm. 19)".

CAPITULO SEPTIMO **=====**

GARANTIAS Y MEDIDAS COERCITIVAS PARA LA CORRECTA EJECUCION DE LA OBRA

I.- GARANTIAS DE BUENA EJECUCION.-

El carácter personal de la obligación del contratista, la necesidad de que la obra quede terminada en el plazo pactado (artículos 45 - LCE y 137 RCE) y su responsabilidad por las faltas que en la construcción puedan advertirse durante el desarrollo de la obra y hasta la recepción definitiva, son todas ellas razones que explican perfectamente que la Administración exija al contratista la prestación de determinadas garantías para asegurarse frente a posibles incumplimientos de este último.

En el Derecho positivo y también en la práctica suelen denominarse fianzas a las garantías que de muy diversas formas pueden prestarse. El término utilizado no es siempre correcto pero responde a la función de estas garantías, cual es la de afianzar o reforzar el derecho de la Administración, por lo que se añaden a la relación contractual de manera subordinada o accesorio.

La garantía de buena ejecución de la obra se constituye como veremos más adelante en el momento de la formalización del contrato (artículo 122.6 RCE y 73.1 RCCL), pero es en la fase de ejecución del contrato cuando despliega sus efectos, por lo que es este el momento más adecuado para su estudio, que debemos empezar fijando los conceptos de que responde la fianza.

Según los artículos 115 LCE y 358 RCE las fianzas definitivas responden de los siguientes conceptos:

"1º. De las penalidades impuestas al contratista por razón de la ejecución del contrato cuando aquéllas no puedan deducirse de las certificaciones.

2º. Del resarcimiento de los daños y perjuicios que el adjudicatario ocasionara a la Administración con motivo de la ejecución del contrato y de los gastos originados a la misma por demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones.

3º. A la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en el -- mismo o con carácter general en la legislación de Contratos -- del Estado".

El artículo 73.1. RCCL establece también una cobertura amplia de la garantía, pues ésta se presta para asegurar el cumplimiento de las estipulaciones y la efectividad de las responsabilidades que pudieran derivarse de la gestión del adjudicatario. Además, según el artículo 89.1. RCCL, las multas e indemnizaciones que afecten al contratista se harán -- efectivas inicialmente sobre la garantía.

II.- FUNCION Y NATURALEZA DE LA GARANTIA DE BUENA EJECUCION.-

La doctrina del Consejo de Estado viene señalando de manera -- reiterada que la fianza (término equivalente a garantía en sentido amplio), en la contratación administrativa, cumple una doble función:

"No puede olvidarse que la fianza, en la contratación administrativa, juega un doble papel, porque inicialmente es una -- cláusula penal que tasa a forfait el perjuicio que se supone se producirá en el servicio público como consecuencia del incumplimiento y, junto a esta función, sirve también como garantía para responder, por el orden de prioridades legales, -- de los daños y perjuicios extracontractuales ocasionados con motivo de la ejecución del contrato, de tal forma que sólo entra en juego esta segunda función cuando se ha decretado la -- rescisión sin pérdida de ella, pues, de lo contrario, habría pasado ex lege a las arcas de la Administración y sólo cabría

proceder sobre los restantes bienes de los contratistas" (1)

La función penal de la fianza se destaca también particularmente en otros Dictámenes como en el de 14 de julio de 1965 (expediente núm. 33.172), en el que se dice:

"Es doctrina reiterada del Consejo de Estado que la naturaleza -en cuanto se relacione con la culpa contractual de la -- fianza administrativa, en general, es la de una cláusula penal compensatoria o extintiva. El Pliego de Condiciones Generales impone la pérdida de la fianza como penalidad por el -- mero hecho de producirse una rescisión culpable y prescindiendo de que, por el incumplimiento, se hayan producido perjuicios materiales y concretos, aparte de los daños económicos que supone toda inejecución.

La pérdida de la fianza parece con ello compensar a la Administración del retraso que en la ejecución de la obra pública ha de implicar una nueva licitación, con la redacción, en su caso, casi generalmente, de nuevos proyectos con precios unitarios revisados, nuevos replanteos, etc.

Se trata, por tanto, de un perjuicio derivado de un retraso -- en la finalización de la obra pública, de difícil evaluación en cuanto a la indemnización que en Derecho común correspondería, por el mero hecho del incumplimiento culpable. Para obviar esta difícil valoración de forma predeterminada y general, se evalúa este perjuicio, inmaterial en cuanto a medición, en forma de una fianza administrativa ...".

El Tribunal Supremo ha puesto también de relieve la función de la fianza definitiva como un medio de establecer una valoración global -- anticipada de las responsabilidades del contratista por los daños que causa a los intereses público si no cumple debidamente el contrato. Sin embargo, no equipara la fianza a una cláusula penal cuya eficacia puede -- moderarse por los Tribunales, según los casos (artículo 1154 CC). (2)

A nuestro juicio, una cosa es que determinadas formas de garan

tía pueden desempeñar una función liquidadora de una indemnización muy difícil de cuantificar por tratarse de daños a intereses públicos, y -- otro muy diferente que esa función permita explicar la naturaleza y eficacia singular de la garantía de acuerdo con la doctrina de la cláusula penal. Ya resulta de por sí contradictorio que se quiera explicar una -- obligación de garantía impuesta por la Ley, acudiendo a un pacto esencialmente convencional. Pero, sobre todo, la explicación de la fianza como cláusula penal no toma en consideración el hecho innegable de que el aseguramiento del crédito de la Administración (su derecho a tener la -- obra concluida a tiempo y correctamente) se lleva a cabo mediante la utilización de muy diversas formas de garantía y esto obliga a estar en cada caso al tipo de la que se presta para comprender también cómo despliega sus propios efectos.

De modo general, la garantía de buena ejecución se añade al -- c.o.p. como consecuencia de un mandato legal imperativo (artículos 113 - LCE, 122.6 y 350 RCE) hasta el punto de que carecen de eficacia los contratos en que dicha garantía no aparece constituida reglamentariamente. El origen legal de la garantía explica también su carácter irrenunciable, pues se configura como privilegio legal la excepción a la prestación de fianza (artículo 353 RCE) (3) y, además, los tipos o formas que debe -- revestir la garantía, las cuales pueden comprenderse en la clasificación básica de garantías reales y garantías personales. Estos dos tipos genéricos tienen como nota común la de que ambos constituyen o sirven para -- reforzar o afianzar el derecho garantizado, y en este sentido la garan--tía se configura como un derecho subjetivo de carácter subordinado o accesorio; su diferencia estriba en que las garantías reales conceden al -- acreedor un derecho real de realización de valor, mientras que las garan--tías personales otorgan al acreedor un derecho o facultad que se dirigen hacia la persona del deudor o de un tercero, lo que no quiere decir que

exista alguna forma de compulsión personal, sino que simplemente el propio patrimonio de la persona es el que queda comprometido para la satisfacción del crédito.

III.- GARANTIAS DE CARACTER REAL.-

Como acabamos de indicar, con la garantía real se asegura o refuerza un derecho de crédito concediendo a su titular un poder de disposición sobre una cosa determinada. Las típicas garantías reales son la prenda, la hipoteca, la anticresis y el derecho de retención, aunque sobre este último no sea pacífica la doctrina sobre su naturaleza de derecho real.

Pues bien, a excepción de la anticresis, la Administración utiliza los demás tipos de garantías reales como medios de aseguramiento de la correcta ejecución de la obra. Los artículos 113 LCE y 350 RCE establecen como modo normal de constituir la fianza definitiva el depósito metálico o títulos de la deuda pública, y los artículos 121 LCE y 368 -- RCE consideran como garantía especial la retención de un 10 por 100 como máximo, del importe de las certificaciones de obra, facultándosele al Gobierno para establecerla en los contratos de obra en que concurran determinadas circunstancias, Por su parte, el artículo 75 RCCL establece como objetos susceptibles de constituir la garantía definitiva, el metálico, los valores públicos, los créditos reconocidos y liquidados por la corporación contratante, la hipoteca y la retención del importe de las certificaciones de abono al destajista.

Las garantías o fianzas constituidas con metálico, valores o créditos tienen la naturaleza de un verdadero derecho real de prenda, -- como expresa con toda corrección el artículo 76 RCCL al hablar de "la --

propiedad de efectos empeñados" y del titular de la "prenda". Por consiguiente en estos casos se afectan unos bienes muebles, cuyo valor es realizable, en seguridad de una obligación y, además, se produce el desplazamiento posesorio típico de la prenda mediante la consignación o depósito de la cosa pignorada en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales cuando se trata de una garantía constituida a favor de la Administración del Estado (artículos 153 LCE y 356 RCE), pues si son garantías a favor de las Corporaciones Locales, las prendas definitivas como así las llama el artículo 77 RCCL, se constituyen en la Caja de la entidad contratante, en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, precisamente dentro de la provincia a que corresponda la corporación contratante o, cuando - ésta la autoriza, en establecimiento bancario legalmente constituido y si tuado igualmente en el mismo ámbito provincial. Por otra parte, este desplazamiento de posesión demuestra también que se produce una entrega real y actual de bienes, a diferencia de lo que ocurre en la cláusula penal, pues en ésta el deudor no entrega nada sino que promete dar en el caso de que incumpla. Del mismo modo, la transmisión de bienes que se produce con la constitución del derecho real de garantía pignoraticio, permite distinguirlo del simple depósito, pues en éste el depositario recibe la cosa -- del depositante en interés del mismo, por lo que aquél queda obligado a - guardar y restituir la cosa depositada cuando le sea pedida (artículos 1758 y 1766 CC).

En rigor, la fianza definitiva en garantía de la buena ejecución de la obra constituye un caso de prenda irregular cuando se entrega metálico sin especificación, pues entonces el acreedor pignoraticio ha de devolver otro tanto (tantundem) al cumplirse la obligación. Cuando la prenda se constituye con títulos o efectos públicos, tendremos una prenda sobre valores prevista en el artículo 1872 CC y existirá una prenda sobre - derechos cuando la garantía consista en los créditos que se tengan contra

la entidad local, siempre que estén reconocidos y liquidados a favor de quienes la constituyan como adjudicatarios o fiadores (artículo 78 RCCL). Los problemas que normalmente plantea la prenda sobre derechos se simplifican en este caso, pues tratándose de créditos líquidos y reuniéndose - en una sola entidad la doble cualidad de titular del crédito garantizado y del que se constituye en garantía, se estará de nuevo ante un caso de prenda irregular.

La garantía real hipotecaria solamente está prevista en la contratación local. Según el artículo 83 RCCL "a partir de la adjudicación definitiva, y durante la vigencia del contrato, la Corporación podrá - - exigir al contratista, en cualquier momento que constituya sobre sus bienes inmuebles, si los tuviere, la hipoteca legal que autoriza el número 5º del artículo 168 de la Ley Hipotecaria, con el fin de asegurar las -- responsabilidades no cubiertas mediante la garantía definitiva". Es decir la hipoteca sólo se utiliza como una garantía subsidiaria o complementaria. El citado artículo 168 LH establece que gozan del derecho de hipoteca legal "el Estado, las provincias y los pueblos, sobre los bienes de - los que contraten con ellos o administren sus intereses, por las responsabilidades que contrajeran estos, de conformidad con lo establecido en las leyes y reglamentos". Suele entenderse que más que una hipoteca legal se trata de una hipoteca de constitución forzosa por vía reglamentaria - (4).

Finalmente, la retención sobre certificaciones constituye también una garantía de la correcta ejecución de la obra, con independencia de que pueda servir para regularizar posibles errores que se puedan cometer en la liquidación de los pagos a cuenta, o en la liquidación definitiva. Prescindiendo de que esta retención implique el ejercicio de un -- verdadero derecho o de una mera facultad, es evidente que estamos de nue

vo ante una garantía que reviste la forma de prenda irregular, pues la Administración no se limita a la simple retención de las sumas de dinero, sino que puede apropiarse de ellas, con lo que aparece la realización de valor propia del derecho real de prenda.

IV.- GARANTIA DE CARACTER PERSONAL.-

La garantía de carácter personal asegura el derecho de crédito, concediendo al titular de éste la posibilidad de dirigirse hacia la misma persona del deudor o de un tercero. Los artículos 113 LCE y 350 RCE - facultan al Ministro de Hacienda para aplicar el aval como medio de garantía que pueden constituir los adjudicatarios de los contratos de obras del Estado. El artículo 75 RCCL admite como garantía definitiva la fianza personal, si bien esta forma de garantía sólo es admisible en las entidades municipales de menos de 2.000 habitantes, cuando los contratos - no exceden de 30.000 pesetas, ni de un año de duración (artículo 79 RCCL) limitaciones que la dejan prácticamente fuera de uso.

El aval que se admite en garantía de buena ejecución es el prestado por un Banco. El artículo 370 RCE dispone que "el aval a que se refiere la legislación de Contratos del Estado se otorgará por un Banco oficial o privado, inscrito en el Registro General de Bancos y Banqueros o por Mutualidades profesionales constituidas al efecto y por entidades de seguros sometidas a la Ley de 16 de diciembre de 1954". (5)

El aval bancario sí que es una verdadera fianza (el artículo 1822 CC dice que "por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste"). El problema que puede suscitarse es el de si el aval bancario dado en garantía del c.o.p. tiene naturaleza - mercantil o administrativa. Del artículo 374 RCE parece deducirse que es

tamos ante una garantía con un doble régimen jurídico, pues "los avales para que sean eficaces ante la Administración deberán sujetarse a la regulación establecida en los artículos siguientes y, en todo caso, a las normas del Derecho Mercantil". Sin embargo, esta norma no es muy clara - porque viene a confundir las normas a las que se sujeta la entidad avalista con las que regulan o determinan la naturaleza del aval prestado. Indudablemente el Derecho Mercantil rige en todo lo concerniente a las entidades bancarias así como aseguradoras, pero no se aplica al aval que prestan en garantía de la correcta ejecución de una obra pública, por la sencilla razón de que dicho aval no constituye un afianzamiento mercantil, pues según el artículo 439 C. Com. "será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante", y es claro -- que no tiene naturaleza mercantil el c.o.p. Por consiguiente, desde el -- punto de vista objetivo estamos ante una fianza administrativa prestada en forma de aval bancario, y como tal su regulación se contiene en el -- RCE, cuyas lagunas tendrán que integrarse con las normas contenidas en -- los artículos 1822 CC y siguientes.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa sentó, en este punto, una doctrina correcta, bajo la vigencia de la Ley de Fianzas de 22 de diciembre de 1960, al decir lo siguiente:

"El aval constituye un acto mercantil y operación normal de las entidades bancarias. Esto significa que el Derecho regulador de estas fianzas debe indagarse estrictamente en el Derecho Mercantil.

Por el contrario, el aval bancario que autoriza la Ley de fianzas es ante todo una fianza administrativa, cuyo contenido alcance y efectos han de contemplarse en el Ordenamiento jurídico administrativo. Porque la garantía que para la Administración significa el aval no está tanto en su naturaleza de acto mercantil de

afianzamiento, como en el hecho de que la legislación administrativa lo haya admitido como caución y regulado cuidadosamente su contenido y efectos".

Dentro de las normas que el RCE dedica al aval bancario se pueden distinguir perfectamente las que regulan el contenido y efectos de este tipo de garantía de aquellas otras que son simple remisión a normas -- por las que se deben regir las entidades fiadoras.

El contenido del aval queda precisado en el artículo 376 RCE, al decir que el aval se redactará siguiendo el modelo que establezca el Ministerio de Hacienda, debiendo consignar, en todo caso, los siguientes conceptos:

1. Entidad avalista y nombre y apellidos de los que firmen en nombre de la misma.
2. Designación del empresario avalado, según se trate de persona natural o jurídica.
3. Organismo administrativo a cuyo favor y disposición se constituye.
4. Obligación o contrato que se afianza.
5. Cuantía a que asciende la garantía y mención de su validez hasta que la Administración autorice su cancelación.
6. Fecha de expedición y firma.

Los ovals podrán cubrir total o parcialmente la garantía de

la licitación o del contrato que motiven su extensión.

En cuanto a los efectos del aval, el artículo 375 RCE dispone que la "entidad avalista deberá responder frente a la Administración, del importe señalado como fianza y en los mismos términos que si fuesen constituidos por el propio contratista, sin que menoscabe de algún modo las responsabilidades que le afecten con arreglo a lo establecido en la Legislación de Contratos del Estado y sin que pueda utilizar el beneficio de excusión a que se refiere el artículo 1830 CC por lo que el avalista o --fiador no podrá paralizar la acción de la Administración, obligándola previamente a que se dirija sobre los bienes del contratista deudor.

Por lo que se refiere a las entidades avalistas, ya hemos dicho antes que las mismas pueden ser garantes según los artículos 122 LCE y --370 RCE. Además, el artículo 371 RCE establece que "por el Ministerio de Hacienda se establecerán los requisitos que habrán de cumplir las entidades aseguradoras para poder emitir esta clase de avales así como las --cláusulas de las pólizas que al efecto se suscriban. Del mismo modo se --dictará por el Ministerio de Hacienda una disposición regulando los re--quisitos que han de reunir las Mutualidades profesionales de contratistas para que los avales que concedan sean eficaces en la contratación del Estado.

Por último, la prestación del aval es potestativa de las entidades autorizadas para expedirlos, correspondiendo a éstas apreciar libremente la garantía y solvencia que pueda ofrecerle el solicitante del aval las comisiones, intereses y demás gastos que se produzcan con motivo de la expedición de los avales son de cuenta del empresario avalado (artículos 372 y 373 RCE).

V.- CONSTITUCION DE LA GARANTIA.-

En la contratación estatal el contratista debe acreditar el plazo de 25 días contados desde que se le notifique la adjudicación definitiva, la constitución de la fianza correspondiente. Se trata de un plazo perentorio y esencial hasta el punto que la Administración queda facultada para declarar resuelto el contrato si el contratista no presta la garantía por causas imputables a él (artículos 118 LCE y 361 RCE). (6)

En la contratación local no se establece reglamentariamente un plazo para la constitución de la garantía, por lo que se tiene que estar al pliego de cada contrata, aunque sí se subraya el carácter esencial de la garantía para la plena eficacia del contrato, reforzándose la sanción de ineficacia, caso de que la garantía no se constituya, con la prohibición de que el Interventor de fondos pague el contratista cualquier cantidad, mientras no haya constituido la garantía definitiva (artículo 73 RCCL).

Por lo que se refiere al lugar de constitución de la garantía, las de carácter pignoraticio así como las que se presten en forma de - - aval bancario, se consignan en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, si son a favor de la Administración del Estado, pues si se trata de garantías a favor de Corporaciones Locales también se pueden constituir en la Caja de la entidad contratante o en un establecimiento bancario, dentro de la provincia; si se tratase se una Mancomunidad de Municipios pertenecientes a provincias distintas, el establecimiento depósitoario deberá encontrarse en la provincia correspondiente o aquélla en la que radique la capitalidad de la Mancomunidad (artículos 356 RCE y 77 -- RCCL). (7).

La constitución de la garantía en forma de hipoteca legal se sujeta a las siguientes formalidades que señala el artículo 84 RCCL:

1º.- La Corporación debe designar los bienes que se han de gravar y unir al expediente certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y circunstancia de los mismos.

2º.- Audiencia del interesado, por comparecencia para que manifieste su conformidad y si la diere, se constituirá la hipoteca por documento expedido ante el Secretario, que servirá de título para la inscripción.

3º.- Si el contratista discrepara del acuerdo adoptado por la Corporación, podrá interponer recurso de reposición, y subsiguientemente recurso contencioso administrativo, sin perjuicio, durante la sustanciación del mismo, se tome anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, para lo cual será título suficiente la certificación del acuerdo.

La garantía prestada en forma de aval otorgada por banco u -- otra entidad autorizada, debe ajustarse al modelo establecido en la orden de 10 de mayo de 1.968. Además, el aval debe estar autorizado por apoderado de la entidad avalante que tenga poder suficiente para obligarla plenamente, correspondiendo al bastanteo, previamente y por una sola vez, a la Asesoría Jurídica de la Caja General de Depósito o a la Abogacía del Estado cuando se trate de sucursales. El Pliego de cláusulas administrativas particulares podrá exigir que los avales llevan la firma legitimada; en caso contrario no será exigible este requisito. El contratista -- clasificado que presente un aval falso será sancionado por la anulación definitiva de su clasificación sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar y que serán también exigidas a los contratistas no clasi-

ficados que incurran en el mismo delito (artículos 377 y 378 RCE).

El RCCL no alude especialmente a la garantía en forma de aval, pero no hay duda de su posibilidad dentro del mismo supuesto que el artículo 74 RCCL, que admite que la garantía definitiva se constituya por los propios licitadores o por terceros en interés de aquéllos. Estos terceros pueden ser, pues, una entidad bancaria u otra debidamente autorizada (aseguradora, mutualidad, etc.), las cuales, como sucede con las garantías estatales, no pueden utilizar el beneficio de excusión previsto en el artículo 1830 CC. En todo caso, el artículo 110, párrafo 9 del Decreto de 6 de octubre de 1977 dice que se admitirá el aval bancario como medio de garantía para constituir la fianza definitiva de los contratistas.

En cuanto a la fianza puramente personal tiene, como ya se ha señalado, escasa aplicación práctica, pudiendo ser constituida por un vecino de la localidad que sea contribuyente por territorial a industrial con cuota anual superior a 250 pesetas. La fianza se formaliza por escrito ante el Secretario del Ayuntamiento (artículo 79 RCCL).

VI.- PRORORCIONALIDAD DE LAS GARANTIAS.-

La garantía definitiva o de buena ejecución se establece en un porcentaje del presupuesto de la obra. En la contratación estatal la fianza se fija en un 4 por 100 como norma general, pues en casos especiales los Jefes de los Departamentos Ministeriales pueden establecer una fianza complementaria de hasta un 6 por 100 del presupuesto total de la obra (artículos 113 LCE y 350 y 354 RCE).

Se considera a estos efectos casos especiales, entre otros, -- aquellos contratos en los que, dado el riesgo que asume la Administración

por la naturaleza de la obra o su régimen de pagos, resulta aconsejable acentuar la garantía en favor del interés público. Incumbe a los Jefes de los Departamentos la apreciación discrecional de los casos en que proceda exigir la fianza complementaria (artículo 354 RCE) (8).

A efectos de determinar el importe de la fianza, se entiende - por presupuesto total de la obra, el establecido por la Administración - como base de la licitación, es decir, se toma en consideración el presupuesto tipo. Unicamente en los concursos en los que la Administración no haya fijado previamente el presupuesto de la obra, se considera como presupuesto base para calcular el porcentaje de la fianza, el presupuesto de adjudicación o precio del contrato.

El importe efectivo de las fianzas constituidas en valores se determinan tomando como base la cotización oficial de ellos en el último día anterior al de la constitución del depósito. Si los valores son amortizables se computarán por su valor nominal (artículo 351 RCE).

La proporcionalidad de la garantía se mantiene durante la vida del contrato, de aquí que el RCE contenga dos formas que regulan el mantenimiento de la garantía en la misma proporción con que fue constituida, tanto para el caso de que se reduzca por incumplimiento como por nova-ción objetiva.

Cuando se hacen efectivas con cargo a la fianza las penalidades impuestas por mora, e igualmente en el supuesto de resarcimiento de da--ños y perjuicios que se puedan causar a la Administración con motivo de la ejecución del contrato, el contratista queda obligado a reponer la garantía. Del mismo modo, cuando a consecuencia de la modificación del contrato experimente variación el valor total de la obra contratada, se reajustará la fianza constituida en la cuantía necesaria para que se mantenga

la debida proporcionalidad entre la fianza y el presupuesto de las obras (artículos 116 y 117 LCE y 359 y 360 RCE).

La reposición o ampliación de las garantías se sujeta al mismo plazo de 25 días previsto para su constitución, variando lógicamente, la forma de computar dicho plazo, pues se contará desde la fecha en que se hagan efectivas las penalidades e indemnizaciones en los casos de incumplimiento, o la fecha en que se notifique al contratista la modificación del contrato. El incumplimiento del plazo es causa de resolución del contrato (artículos 118 LCE y 361 RCE).

Por lo que se refiere a los requisitos de forma, el artículo - 362 RCE dispone que "todas las variaciones que experimenten las fianzas por razón de amortizaciones de valores, sustituciones de éstos o de los avales, ampliaciones y reajustes de su importe o por cualquier otra causa, serán formalizadas en documentos administrativos y se incorporarán a su expediente.

En la contratación local también rige la regla de la proporcionalidad de la garantía definitiva que se fija en una cantidad comprendida entre el 4 y el 6 por 100 del presupuesto de adjudicación siempre que éste no exceda de un millón de pesetas, como así establece el artículo - 82 RCCL, que además señala para el exceso la siguiente escala:

a) Por la cantidad que supere el millón de pesetas, sin sobrepasar la de cinco millones, del 3 al 4 por 100 de dicha cantidad.

b) Hasta diez millones, del 2 al 3 por 100 sobre cinco millones, y

c) en lo que rebase la cifra de diez millones, del 1 al 2 por 100.

El mismo precepto prevé la posibilidad de reducir, ampliar o - establecer un importe diferente de la garantía. En los contratos por des- tajo el valor de la garantía se reduce a la mitad del que resulte aplican- do las normas generales. En el caso de que la adjudicación se hiciera con alza o baja que exceda del 10 por 100 del tipo de la licitación, se debe constituir una garantía complementaria consistente en la tercera parte de la diferencia entre el importe del 10 por 100 y el alza o baja ofrecida. Por último, si circunstancias especiales lo aconsejan se pueden fijar ti- pos distintos de los señalados más arriba, para lo cual es necesario for- mular una propuesta razonada que se somete a la aprobación de la Dirección General de la Administración Local.

VII.- EJECUCION Y DEVOLUCION DE LAS GARANTIAS.-

Cuando el contratista no cumple con la obligación principal o con las obligaciones subsidiarias (ejecución de la obra y resarcimiento de daños y perjuicios, respectivamente), la garantía prestada en seguri- dad de esas obligaciones se hacen ejecutables para la satisfacción del crédito de la Administración. Este crédito tiene naturaleza privilegiada y así el artículo 363 RCE dice que "la fianza estará primordialmente - - afecta a las responsabilidades mencionadas en el artículo 358, y para - hacerla efectiva el Estado tendrá preferencia sobre cualquier otro acre- dor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión". En la contratación local también se reconoce el carácter privilegiado del crédito, pues a ello equivale la consideración de inem- bargables de estas garantías; según el artículo 91 RCCL "ningún Tribunal ni Autoridad podrá decretar la intervención o el embargo de las garantías

provisionales o definitivas de los licitadores y adjudicatarios, en los contratos en que sean parte las Corporaciones Locales, sino para el supuesto de que, una vez formalizado o determinado, queden cubiertas o liquidadas todas las responsabilidades que nazcan de los mismos".

La ejecución de las garantías puede ofrecer alguna modalidad - según la naturaleza de las mismas. Pero como regla general se puede indicar que la Administración no tiene que someterse a un procedimiento judicial para la ejecución, pues su privilegio de autotutela le permite llevar a cabo por sí misma su ejecución. Esto no quiere decir que la Administración puede emprender una vía de hecho ni que el ejecutado quede totalmente indefenso. Los actos de ejecución material son también actos administrativos que se sujetan a normas y frente a los cuales cabe deducir los correspondientes recursos. Como norma capital debe tenerse en cuenta la del artículo 100 LPA, según el cual la Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirve de fundamento jurídico, añadiendo que el órgano que ordena un acto de ejecución material estará obligado a comunicar por escrito, y a requerimiento del particular interesado, la resolución que autorice la actuación administrativa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que la pérdida de la fianza no es consecuencia inmediata o automática del incumplimiento, sino que debe basarse en la apreciación específica del dolo o culpa grave por parte del contratista. Así se declara en las sentencias de 15 de diciembre de 1978, 21 de noviembre de 1981 y 24 de febrero de 1982. En esta última se dice lo siguiente:

"CD0.: Que de lo dicho se deduce que la Ley y el Reglamento de los contratos del Estado (R. 1965, 771 y N. dicc. 7365; R. --

1968, 209, 483 y N. Dicc. 7370), regulan con separación las -- causas y los efectos de la resolución de los mismos y que, por consiguiente, según es doctrina comunmente admitida, no se iden tifican necesariamente el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria del contrato, y la culpa del mismo, que lleva consigo las consecuencias punibles de la pérdida de la fian za y la eventual indemnización a la Administración por daños y perjuicios, pudiendo darse el caso, que es el de autos, de que un contratista haya incumplido alguna cláusula contractual que determine la resolución y, sin embargo, no sea apreciable en su conducta una culpabilidad merecedora de que se impongan las sanciones establecidas en el art. 160 del Reglamento, por concurrir alguna circunstancia exculpatoria".

Cuando la garantía está constituida en metálico o en volores, -- la Administración acordará su incautación mediante acuerdo que deberá notificar al contratista. El RCE nada dice al respecto, por lo que hay que estar a las normas generales de la LPA. En cambio el artículo 89 RCCL establece que "cuando se hubiere prestado (la garantía) en metálico, bastará el acuerdo de incautación en vista del cual la Intervención de Fondos realizará las operaciones procedentes para el ingreso de los valores en -- Presupuesto y su contabilización como tales. Este mismo artículo establece para los valores públicos que se vendan con intervención de Agente de Bolsa, los que fueren necesarios para cubrir las responsabilidades.

Si la garantía se hubiere prestado en forma de aval y haya de procederse contra la misma, el artículo 379 RCE establece que "la enti-- dad avalista correspondiente queda obligada a ingresar en metálico, en -- la Caja General de Depósito, el todo o la parte que proceda de la cantidad garantizada en el plazo de 15 días contados desde la fecha de recibo de la oportuna notificación". Como la reclamación de la Administración -- contra la entidad avalista será siempre de una cantidad líquida, deberá tenerse en cuenta que el artículo 105 LPA manda observar el procedimiento previsto en el Estatuto de Recaudación en el supuesto en que dicha En

tividad no se avenga a pagar voluntariamente. En el ámbito local la ejecución de la fianza personal se lleva a cabo procediendo contra los bienes del fiador (artículo 89 RCCL) y si la ejecución tuviera que ser forzosa el procedimiento a seguir sería de naturaleza exclusivamente administrativa (artículo 737 LRL).

Respecto a otras formas de garantía que se admiten en la contratación local como son los créditos que se tengan contra la entidad o corporación contratante y la hipoteca legal, el artículo 89 RCCL establece como suficiente para la ejecución, si se trata de créditos, el acuerdo de su cancelación. Nada, en cambio, se dispone sobre la hipoteca legal, por lo que su ejecución se efectuará de acuerdo con los procedimientos previstos en la legislación hipotecaria.

La liberación o devaluación de las garantías sólo es posible - cuando queda acreditado que el contratista ha cumplido con su obligación de realizar la obra y entregarla en el plazo convenido. El artículo 364 - RCE concede a la Administración un plazo de 3 meses improrrogable, contada desde la recepción y liquidación definitivas de las obras, para la devolución del importe de la fianza o, en su caso, la cancelación del aval. Cuando la recepción y liquidación definitiva no se aprueben por la Administración en los plazos fijados por el RCE y la causa no es imputable al contratista, puede éste solicitar la sustitución de la fianza constituida en metálico o título de la deuda por un aval.

La devolución se efectúa por la Caja General de Depósito o sus sucursales, para lo cual es necesario que la Autoridad a cuya disposición estuviese constituida la fianza, comunique a aquéllo si la garantía ha quedado libre de responsabilidades por razón de las obligaciones derivadas del contrato o, en su caso, la parte de ella que queda afectada por

las mismas y destino que deba dársele. La Caja se tiene que abstener de la devolución cuando haya mediado providencia de embargo dictada por autoridad competente, razón por la cual las providencias habrán de ser dirigidas directamente al órgano en que se hallase constituida o depositada -- la fianza, es decir, la Caja General o sus sucursales (artículos 365 y -- 366 RCE).

Para las Corporaciones Locales el artículo 88 RCCL ordena que, para la cancelación de la garantía que se cumplan los siguientes requisitos:

"1º. Anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia para que en el plazo de quince días puedan presentar reclamaciones quienes creyeran tener algún derecho exigible al adjudicatario, por razón del contrato garantizado.

2º. Justificación de haber cumplido las obligaciones derivadas del contrato.

3º. Informe favorable del Interventor de Fondos, en todo caso y del técnico interviniente en el cumplimiento del contrato -- por parte de la entidad local, cuando lo haya.

4º. Acuerdo del órgano local competente, que deberá adoptarlo dentro de los sesenta días siguientes al que se hubiera solicitado la devolución, la cual se entenderá denegada, a efectos -- del procedente recurso, si no recayere resolución en el expresado plazo".

Si la Administración no devuelve la garantía constituida por el contratista, cuando es posible liberarla, incurre en responsabilidad derivada de la mora y tendrá que indemnizarle de los daños y perjuicios que -- se le produzcan (artículos 158 RCE, 92 RCCL y 1101 CC).

VIII.- PENALIDADES.-

1. Concepto y función de la pena por retraso.- Con el fin de estimular al contratista para que termine la obra puntualmente, se utiliza la cláusula penal o pena convencional cuyo concepto no difiere del que -- tiene en la contratación privada. DIEZ PICAZO (9) dice que se denomina "pena convencional" a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la obligación principal. CIANFLONE (10) dice que la cláusula penal es un pacto en virtud del cual el contratista para el caso de retardo en la terminación de la obra, se obliga a pagar una determinada suma - de dinero por día de retraso.

En el c.o.p. la pena convencional no obedece al principio dispositivo de las partes. La Administración no tiene autonomía para configurar la cláusula convencional, pues su contenido es reglado, tanto en orden a la imposición de la penalidad como a su cuantía y liquidación, como ahora veremos.

La pena convencional cumple una función estrictamente sancionadora en el c.a.p., pues su finalidad es estimular al cumplimiento tempesativo y evitar cualquier retraso en la terminación de la obra. No tiene, pues, la cláusula penal una simple función liquidatoria que permite establecer previamente el importe del daño, ni mucho menos se concibe como - facultad del deudor que le permita liberarse de su obligación pagando la pena (pena de arrepentimiento). El carácter coercitivo o sancionador de la pena por retardo se advierte en el artículo 139 RCE al decir que "la aplicación y pago de estas penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista".

2. Requisitos para la aplicación de la pena.- Condición indis-

pensable para que la pena pueda aplicarse es que el contratista haya incurrido en demora respecto de los plazos parciales, por causa imputable al mismo, de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final o bien haya quedado incumplido este último. La pena sólo puede ser impuesta en caso de retardo sin que pueda extenderse a otras formas de incumplimiento defectuoso por parte del contratista. (11)

Además, para la exigibilidad de la pena basta que se produzca un retraso imputable al contratista, sin necesidad de interpelación o intimación previa para que se constituya la situación jurídica de mora(12). Por tanto, producida la mora, la Administración puede optar indistintamente por la resolución del contrato con pérdida de fianza o por la imposición de las penalidades (artículos 45 LCE y 137 RCE).

Tampoco es necesario que la Administración pruebe la culpa del contratista, basta el hecho objetivo del retraso. Del mismo modo, la Administración no tiene que demostrar que el retraso le ha causado daño, - ni el contratista puede alegar que no se ha producido.

Por último, no procede la aplicación de la pena por retraso -- cuando el contrato ha quedado resuelto, pues en este caso la Administración tiene derecho al resarcimiento de todos los daños y perjuicios que se le causan. La pena sólo tiene razón de ser cuando todavía es posible el cumplimiento (13).

3. Cálculo y liquidación de la penalidad.- Según el artículo 138 RCE, las penalidades se gradúan con carácter general en atención al presupuesto total o parcial de la obra, según que el plazo incumplido sea el total o uno parcial de la misma, y esto sin perjuicio de que el Go -

bierno pueda autorizar otras penalidades distintas para un determinado -- contrato. Este precepto que se acaba de citar establece una escala que va desde una multa de 500 pesetas diarias cuando el presupuesto no pasa de quinientas mil pesetas, hasta 100.000 pesetas diarias, cuando el presupuesto está comprendido entre setecientos cincuenta millones uno a mil -- millones; la multa es del 1 por 10.000 pesetas diarias para el exceso sobre la última cifra indicada. En ningún caso, las penalidades por demora pueden exceder del 20 por 100 del presupuesto total de la obra, ya que -- una vez que se alcanza este límite máximo, la Administración debe proceder a la resolución del contrato.

Para el cálculo de las penalidades hay que tener en cuenta que las procedentes por incumplimiento de los plazos parciales no son acumulables entre sí, ni tampoco a las que pudiera corresponder por incumplimiento del plazo total, excepto las debidas a incumplimiento de plazos -- parciales que correspondan a las recepciones provisionales previstas en el artículo 170 RCE, las cuales quedan firmes y definitivas. Consecuentemente, al incumplirse un plazo parcial o el plazo total, la penalidad a él correspondiente absorberá las que hayan tenido lugar anteriormente, -- con el carácter de no acumulables, hasta que sean liquidadas e incluso -- procediéndose a la devolución de la diferencia si el montante de las ya impuestas resultase superior al que corresponde por el último plazo incumplido (artículo 138, párrafos 3º y 4º RCE).

La liquidación de la multa o pena pecuniaria se efectúa mediante retención de los pagos a cuenta. El artículo 139 RCE dice que "los -- importes de las penalidades por demora se harán efectivos mediante deducción de los mismos en las certificaciones de obras que se produzcan". -- Por otro parte, el pago de la pena queda garantizado por la fianza según tuvimos ocasión de ver más arriba.

IX.- EJECUCION FORZOSA.-

La ejecución forzosa es una medida coercitiva más intensa que la que supone la garantía de buena ejecución y la pena por retraso. Estas últimas cumplen las funciones ya estudiadas de servir a una liquidación anticipada del daño, aunque no sea total, y de inducir al contratista a que cumpla el contrato. La ejecución forzosa, como dice CIANFLONE - (14) permite obtener la misma utilidad derivada de la obligación primaria por medio de un cumplimiento en forma específica. En el c.o.p. esto se consigue mediante el uso que hace la Administración de su privilegio de autotutela, es decir, que sin acudir al amparo judicial puede actuar por sí misma para obtener la satisfacción de su derecho. Este privilegio es, pues, de procedimiento, pues el derecho de obtener una ejecución a costa del deudor viene reconocido como principio general en el artículo 1098 CC; "si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere se mandará -- ejecutar a su costa".

Ahora bien, el artículo 141 RCE no regula la ejecución forzosa como medida de carácter general que pudiera constituir una alternativa -- de la resolución del contrato o de la imposición de penalidades por incumplimiento. La ejecución forzosa es configurada con carácter limitado y excepcional.

Su carácter limitado se pone de manifiesto por el hecho de que el citado precepto reglamentario refiere esta medida a los supuestos de incumplimiento de plazo imputable al contratista. Y debemos entender que el incumplimiento del plazo no puede medirse porque el mismo ya haya sido rebasado, sino porque el ritmo de la obra haga presumir que el plazo no podrá cumplirse si no se aceleran los trabajos. Según el artículo 141 la ejecución forzosa dura "hasta alcanzar el ritmo previsto en el contrato". Por tanto si el plazo ya ha quedado incumplido lo que será procedente es

resolver el contrato y continuar la obra con la intervención directa de la Administración (artículo 187 RCE) o indirectamente por otro contratista, previa su selección de acuerdo con los procedimientos admitidos en el RCE.

El carácter excepcional de la ejecución forzosa lo reconoce el propio artículo 141 al decir que "el Gobierno, con carácter excepcional, podrá acordar que el órgano de contratación asuma directamente la gestión de la obra ...". La excepcionalidad de la medida se advierte fácilmente - tanto en relación con la Administración como con el contratista. La Administración sufre una grave perturbación, pues sustituye su función de vigilancia y colaboración con el contratista por una gestión directa para la que es posible que ni siquiera tenga de inmediato los medios adecuados. Para el contratista la medida es igualmente muy grave, pues se le priva de la gestión de la obra, con la consiguiente pérdida de beneficio, amén del daño que se le causa en su crédito profesional.

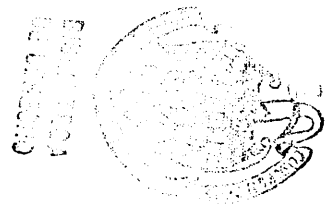
1. Procedimiento para acordarla.- El artículo 141 RCE no lo señala, únicamente se indica la competencia para decidir la ejecución forzosa atribuyéndola al Gobierno. Mas el silencio del RCE habrá que colmar lo aplicando las normas o principios fundamentales de la ejecución administrativa, establecidos en el artículo 100 LPA y siguientes. Parece, -- pues, necesario que se instruya un auténtico procedimiento en el que conste el apercibimiento al contratista para que cumpla el contrato, sin que esto equivalga a una auténtica puesta en mora, que no es necesaria dado el carácter esencial del plazo de ejecución (artículo 138 RCE) (15). Si en el expediente se instruye con informes técnicos o de otro tipo, deberá concedérsele al contratista el trámite de audiencia (artículo 91 LPA). Concluido el expediente y elevado al Gobierno (Consejo de Ministros), se dictará la resolución que proceda, que el contratista podrá recurrir en

reposición y, ulteriormente impugnar en la jurisdicción contencioso administrativa. Por último, la gestión directa de la obra por la Administración deberá lógicamente iniciarse dejándose constancia documental del estado de los trabajos en ese momento, así como de los medios de maquina--ria, instalaciones, etc. El personal del contratista no sufre ninguna alteración en su organización ni en su relación laboral del contratista; su disciplina de trabajo es la que pasa a depender de la Administración.

2. Efectos.— El alcance de la ejecución forzosa lo configura - ampliamente el artículo 141 RCE al indicar que la gestión de la obra por la Administración le faculta para la utilización de la maquinaria, elementos materiales de trabajo y demás medios análogos afectos a la obra, pudiendo incluso subrogarse en las operaciones y negocios celebrados con - terceros para la adquisición de maquinaria o de materiales.

Mas aunque la ejecución forzosa se conciba con esa amplitud, - la misma no significa que el contrato quede resuelto. Como dice CIANFLONE (16) este remedio es intenso con el fin de conseguir el cumplimiento -- del contrato, independientemente de la voluntad y de la actividad del contratista, por lo que presupone por ello mismo que el contrato permanece vigente; un contrato resuelto no puede ser cumplido ni directa ni indirectamente. Consecuentemente, el contratista conserva sus derechos deriva--dos del contrato; puede pedir su resolución si considera que la ejecución forzosa se ha acordado ilegítimamente; tiene derecho al precio de la obra que haya ejecutado; tiene derecho a vigilar (no a inmiscuirse) la ejecu--ción de la obra, pues ésta se realiza a su costa, etc.

En el orden económico, la ejecución forzosa determina que el - contratista debe soportar el mayor gastos que ocasione la realización de la obra por la Administración, quedando garantizado su resarcimiento con



la fianza definitiva (artículo 141 RCE, párrafo segundo). Este mayor gasto se determinará sobre la base de tomar como punto de partida para la - valoración de la obra que realice la Administración los precios pactados en el contrato; el exceso de coste que no cubra esos precios será el que deberá soportar el contratista. Por el contrario, si la Administración - obtiene un ahorro o economía con su gestión, a ella le corresponderá y - no podrá beneficiarse el contratista incumplidor.

Los efectos de la ejecución forzosa cesan cuando se alcance el ritmo previsto en el contrato, como dice el artículo 141 RCE, y aunque - nada se diga parece lógico que sea necesario el acuerdo del Gobierno pa- ra que se ponga fin a este estado excepcional en la ejecución de la obra.

NOTAS

- (1) Dictamen 18 enero de 1962 (Exp. núm. 28.398).
- (2) STS 18 abril 1974
- (3) Sobre irrenunciabilidad parcial vid. Dictamen del Consejo de Estado de 30 junio 1967 (Expte. núm. 35.411).
- (4) ROCA SASTRE, R.M. "Derecho Hipotecario". Tomo IV. Barcelona 1968, p. 919.
- (5) Por Decreto de 26 de julio de 1978 se establece el régimen jurídico, fiscal y financiero de las llamadas Sociedades de Garantía Recíproca que tienen por exclusivo objeto "prestar garantía por aval o por - - cualquier otro medio admitido en derecho, a favor de sus socios para las operaciones que estos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que estos sean titulares".
- (6) "El que la incapacidad financiera resultante haya sido transitoria o permanente es dato que la ley no tiene en cuenta a la hora de regular las obligaciones del contratista de formalizar el contrato y constituir las fianzas (Dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 1970, Exp. núm. 37.031).
- (7) El artículo 110, párrafo 8º del Decreto de 6 de octubre de 1.977 (Texto Refundido de la Ley de Bases de Régimen Local) dice que: "las fianzas de los contratistas podrán depositarse indistintamente en la Caja General de Depósitos o en la Caja de la Corporación contratante".
- (8) Sobre la discrecionalidad de la Administración para implantar una fianza complementaria vid. sentencia del Tribunal Supremo de 19 junio -- 1971.
- (9) Ob. cit. p. 573.
- (10) Ob. cit. p. 624.
- (11) Vid. CIANFLONE Ob. cit. p. 625.
- (12) La STS 5 octubre 1979 dice: "Que el acto administrativo de sanción-imposición de la penalidad de cinco mil pesetas por cada día de retraso en la entrega de la obra en base de lo dispuesto en la cláusula -- 5ª del contrato y art. 138 del Regl. de 28 de diciembre de 1967 (R. 1968, 209, 483 y N. Dicc. 7.330) se apoya en el hecho acreditado del retraso -

en la marcha y entrega de la obra imputable al contratista, quien había de ejecutarlas con estricta sujeción a las cláusulas del contrato y proyecto, art. 130, a su riesgo y ventura, art. 132, debiendo cumplir los plazos parciales para la ejecución sucesiva del contrato y el general - para su total realización, art. 137, dado que la paralización o suspensión de las obras sólo podría verificarse por motivo grave y mediante - acuerdo del órgano que celebró el contrato (párrafo 3º art. 131), sin - que en este supuesto siquiera se solicitare; constando que aprobado el replanteo el 29 agosto 1970, debían comenzarse 15 días después, finalizando el plazo contractual de 18 meses el 1º marzo 1972 y que ante la - marcha de las mismas la Jefatura del Servicio en 22 febrero 1971 apercibió al contratista por la demora observada y en 20 octubre 1971 se la - convoca para que presente un nuevo plan de obra, previo el correspon- - diente estudio, que permita recuperar el retraso a fin de terminar la obra en el plazo pactado, sin presentarlo en tal ocasión y sí remitirlo a la Jefatura de Infraestructura el 24 noviembre siguiente; en definitiva las obras no fueron concluidas en el plazo pactado, cuya mora o retraso es - imputable al contratista tal como se razonará a continuación, sin que -- para incurrir en tal situación jurídica se precisase intimación adminis- trativa previa (art. 138 y concordantes)".

(13) El Consejo de Estado así lo tiene declarado: "En cambio, no procede, a juicio del Alto Cuerpo Consultivo, la imposición de las que hace - referencia a la estipulación cuarta de la escritura pública, calculadas en porcentajes sobre el importe total del contrato, bien porque su natu- raleza de penas coercitivas, tendentes al cumplimiento de su prestación por la otra parte contratante postula como presupuesto legitimante la po sibilidad aún de cumplimiento, a la que repugna una declaración formal de incumplimiento ..." (Dictamen 4 de junio 1964, Expte. núm. 32511).

(14) Ob. cit. p. 602.

(15) El artículo 341 de la Ley italiana de obras públicas de 20 de marzo de 1865 requiere una "formale ingiunzione" como requisito previo e -- inexcusable para poder acordar la ejecución de oficio, que la doctrina - y jurisprudencia italiana equiparan a una puesta en mora.

(16) Ob. cit. p. 620.

CAPITULO OCTAVO
=====

TERMINACION Y RECEPCION DE LA OBRA

I.- TERMINACION DE LA OBRA.-

Con la terminación de la obra se abre la fase de consumación del contrato. Como dice el artículo 169 RCE "el contrato de obra concluye -- normalmente por el total cumplimiento de las recíprocas obligaciones con venidas entre la Administración y el contratista", lo que no es más que una aplicación concreta de la norma general que exige la íntegra prestación para que el deudor quede liberado, pues "no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecha la prestación en que la obligación consistía" (artículo 1157 CC).

La consumación del c.o.p. no se produce de manera instantánea sino en forma sucesiva. Como dice GARCIA ENTERRIA (1) "la mecánica del cumplimiento en el contrato de obras se desenvuelve con arreglo al siguiente esquema: recepción provisional, plazo de garantía, recepción definitiva, liquidación y pago de las obras". Pues bien, el punto de partida para todo este proceso de consumación contractual es la terminación de la obra. Su significado jurídico estriba en que el contratista ha obtenido el resultado prometido y está en disposición de entregar la obra a la Administración para que recibéndola le libere de la obligación, y desde ese momento ella estará obligada a efectuar la liquidación definitiva -- del precio que pondrá punto final a la consumación del contrato, que que dará así completamente extinguido.

Siendo el contratista deudor del resultado de su actividad a él -- le incumbe poner en conocimiento de la Administración que dicho resultado

ha sido obtenido, esto es, que la obra ha concluído, pues de este modo - aquélla podrá examinarla y comprobar si se ajusta a lo convenido. Y como dicho examen y comprobación supone la realización de operaciones técnicas a veces complejar, cuyo objeto es normalmente una obra de grandes dimensiones, es lógico que exista el deber de dar un aviso anticipado de la fecha de su terminación. La cláusula 70 PCAG dispone que "el contratista o su delegado, con una antelación de 45 días hábiles, comunicará por escrito a la Dirección la fecha prevista para la terminación de la obra". La previsión sobre la terminación no es una apreciación meramente subjetiva del contratista, pues éste se encuentra constreñido por el cumplimiento indefectible del plazo establecido para la ejecución de la obra - (artículo 137 RCE).

A partir del momento en que el contratista avisa de la fecha - en que la obra concluirá, corresponde a la Administración preparar y regular un conjunto de operaciones o actos que se conocen comúnmente con el nombre de recepción de la obra.

II.- RECEPCION DE LA OBRA.-

La recepción de la obra ha merecido una particular atención de la doctrina y jurisprudencia civiles, obligadas a suplir la casi inexistente regulación de esta materia en el CC (sólo los artículos 1592 y 1598 aluden, respectivamente, a la recepción parcial y a la aprobación de la obra a satisfacción del comitente o por un tercero), para dar solución a los múltiples problemas que la práctica suscita. Los autores han centrado especialmente su atención en la legislación y doctrina italiana, que son las que ofrecen un tratamiento más perfecto de la recepción. Los artículos 1665 y 1666 del Código Civil italiano de 1942 han servido para - que algunos expliquen la recepción a base de distinguir en ella tres mo-

mentos. Así, DIEZ PICAZO y GULLON (2) hacen esta distinción:

- "a) La verificación de la obra, que consiste en un examen para determinar si se ha ejecutado de acuerdo a lo convenido.
- b) La aprobación, que es el juicio emitido como resultado de la verificación y que implica la obligación de aceptarla.
- c) La recepción, como consecuencia de la entrega o puesta a disposición que realiza el contratista y de la obligación que surge para el comitente en tal sentido por haber aprobado la obra".

En el c.o.p. el estado de las normas y de la opinión científica es algo diferente y casi podríamos decir contrasta a la que se da en el contrato civil de obra, pues existe una minuciosa reglamentación de la recepción en la LCE, RCE y PCAG, pero falta, en cambio, la debida atención de la doctrina y de la jurisprudencia a los muchos problemas que la recepción de la obra plantea. Sólomente el Consejo de Estado ofrece un cierto cuerpo de doctrina que inició bajo la vigencia del Pliego de 1903, y que todavía hoy es de gran utilidad para comprender los preceptos que la LCE y RCE dedican a la recepción de la obra. Por todo ello, las precisiones efectuadas por la doctrina civil son sumamente interesantes para poder dar una cumplida explicación de la recepción en el c.o.p. Debemos, sin embargo, tener en cuenta que el esquema o proceso de la recepción en el c.o.p. es rígido y sustraído a pactos que puedan alterarlo, pues el interés público demanda una vez más actuaciones reguladas por normas según criterios objetivos y no por razones de mera conveniencia de las partes.

En la recepción de la obra tal como se regula en la LCE y RCE se puede destacar fácilmente una primera etapa de verificación, tal como se hace por la doctrina y jurisprudencia civiles (3). También cabe separar la aprobación de la posterior entrega, aunque éstas ofre-

cen particularidades en el c.o.p., pues de un lado se distingue la recepción provisional de la definitiva, con el consiguiente desdoblamiento de la aceptación o aprobación por la Administración, y por otra parte la entrega se produce con la recepción provisional, que por ello cobra un singular relieve en el c.o.p. como podremos ver. Sólo en casos especiales - existe una única recepción con carácter definitivo.

Por lo demás, las distinciones que suelen hacerse en la doctrina civil entre recepción expresa o tácita y total o parcial, pueden aplicarse al c.o.p., al preverlas el texto legal o porque la doctrina del -- Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo también las admiten.

Empecemos, pues, el análisis del proceso de recepción de la -- obra, estudiando en primer lugar la verificación de la misma.

III.- LA VERIFICACION DE LA OBRA.-

La verificación, dice CIANFLONE (4) es una actividad material, técnica, que tiene por objeto suministrar los elementos necesarios para poder emitir juicio sobre la obra. En efecto, si la recepción supone un juicio sobre la correcta ejecución de la obra, es necesario que ésta sea examinada previamente, cosa que, por otra parte, es perfectamente comprensible dada la naturaleza técnica de la prestación del contratista. Por ello, la verificación es un derecho de la Administración más también es para ella un deber irrenunciable, porque el interés público exige que se compruebe que la obra se ha realizado de conformidad al proyecto; no cabe, pues, hablar de una simple carga en el sentido de que se puede llegar a omitir, corriendo entonces la Administración el riesgo de no poder exigir después responsabilidad al contratista por los vicios o defectos

aparecidos.

Las operaciones de verificación variarán en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la obra y técnicamente pueden guardar semejanza con las actividades de control que ejerce la Administración durante el curso de la obra. Sin embargo la finalidad de una y otras es distinta, - pues mientras estas últimas obedecen a un control preventivo que asegure el resultado final, la verificación, en cambio, versa sobre ese resultado final para constatar si se ha conseguido según las previsiones contractuales.

En la LCE y RCE la verificación aparece integrada en la actividad general de la recepción, y otro tanto sucede con el RCCL. Pero ello no impide descubrirla y analizarla por separado.

La necesidad de una verificación técnica se desprende de varios preceptos reglamentarios. En primer término y como ya hemos visto, la cláusula 70 PCAG obliga al contratista a avisar sobre la terminación de la obra con 45 días de antelación, pero esta misma cláusula obliga a una primera verificación técnica sobre el estado de la obra en fase de terminación, al disponer que "el Director, en caso de conformidad con la citada comunicación del contratista, la elevará con su informe, con una antelación de un mes respecto a la fecha de terminación de la obra, a la Administración, a los efectos de que ésta proceda al nombramiento de un representante para la recepción provisional. La conformidad de la Dirección de obra y su posterior informe han de basarse por fuerza en una verificación o reconocimiento de la obra para comprobar que ésta ha concluido.

En la verificación propiamente dicha resulta imprescindible -- que intervengan determinados facultativos. Según los artículos 54 LCE y

170 RCE, estos técnicos son el facultativo encargado de la dirección de la obra, el facultativo especialmente designado por la Administración - contratante y un facultativo habilitado por la Dirección General del Patrimonio del Estado. También debe estar presente un representante de la Intervención General del Estado, en sus funciones de fiscalización de la inversión, cuya presencia es obligatoria cuando se trata de obras cuyo importe excede de 5.000.000 de pesetas y potestativa en los restantes ca sos. El artículo 61 RCCL sólo prevé la intervención de un técnico de la Corporación a quien corresponden tanto las operaciones de verificación - como la recepción provisional. Además, como hemos de ver, el artículo - 170 RCE, párrafo último, impone una segunda verificación (un nuevo reco nocimiento) para la recepción provisional si esta no pudo tener lugar por defectos que hayan sido advertidos al reconocerla.

La verificación es una operación contradictoria, pues debe rea lizarse a presencia del contratista, asistido, si lo estima oportuno, de un facultativo (artículo 54 LCE y 170 RCE), lo que evidentemente no será tanto cuestión de oportunidad como de verdadera necesidad, dado el carác ter técnico de las operaciones o realizar, por lo que asistirá normalmen te el Delegado del contratista que es a quien tiene un mejor conocimien to de la obra por su inmediatez con ella.

Por último, la verificación se sujeta a plazo. De los artícu los 54 LCE y 170 RCE y de la cláusula 72 PCAG así se deduce, pues la re cepción provisional debe efectuarse dentro del plazo de un mes contado - desde la fecha de terminación de la obra, lo que obliga a entender que - ese es el tiempo que pueden durar, como máximo, las operaciones de verifi cación.

La verificación concluye con un juicio positivo o negativo res

pecto a la obra terminada por el contratista. Es positivo el juicio si de la verificación resulta que el contratista ha ejecutado la obra correctamente de acuerdo con el proyecto, o como dicen los artículos 54 LCE y 170 RCE "si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas; y es negativo el juicio en caso contrario, o como dicen esos preceptos "cuando las obras no se hallen en estado de -- ser recibidas", lo cual se debe hacer constar así en un acta en la que se darán las instrucciones precisas y detalladas por el facultativo al contratista, con el fin de remediar los defectos observados (5), fiján^{do}le plazo para efectuarlo, expirado el cual se hará un nuevo reconocimiento (esto es, una nueva verificación) para la recepción provisional de las obras. Si el contratista no subsana los defectos en el plazo que se le ha concedido a tal efecto, incurre en causa de resolución del contrato con pérdida de la fianza por no terminar la obra en el plazo estipulado, a no ser que la Administración crea procedente concederle un nuevo plazo que será improrrogable (artículo 170 RCE, párrafo último).

IV.- RECEPCION PROVISIONAL.-

1. Naturaleza Jurídica.- A diferencia de la verificación, la recepción provisional no es una operación o conjunto de operaciones materiales de tipo técnico, pues ella consiste primero en una declaración o manifestación de voluntad por virtud de la cual la obra es aceptada por la Administración, basándose tan delcaración de voluntad en el juicio positivo que arroja la verificación; pero, en segundo término, la recepción provisional implica, como una lógica consecuencia de la aprobación de la obra, su toma de posesión por la Administración con el fin de poder ser destinada al uso o servicio público previsto.

En el c.o.p. la recepción provisional encierra, pues, un acto

de naturaleza compleja por ir unidas la aprobación de la obra y su toma de posesión por la Administración. Ello es consecuencia de que en nuestro Derecho se sigue el sistema de doble recepción (6), provisional y definitiva, anudándose a la primera la entrega de la obra. En este sentido la entrega no es un efecto de la recepción (entendida ésta como mera aprobación) pues ésta no es otra cosa que la misma entrega contemplada - desde la posición del destinatario de la obra (la Administración). En la recepción hay, pues, a un tiempo aprobación y transmisión o entrega.

Como aprobación o aceptación, la recepción puede considerarse como un acto jurídico declarativo. RUBINO dice que la aceptación consiste esencialmente en un acto de voluntad mediante el que se declara querer acoger la prestación, la obra realizada, porque se la encuentra exenta de vicios o defectos (7). Esta faceta de la recepción provisional - ha sido destacada también por el Consejo de Estado, que define la misma como "una confrontación por la Administración del hecho de que el contratista efectivamente ha cumplido la prestación que le incumbe" (8).

Pero también la recepción provisional es un acto de toma de posesión de la obra -correlativa a la entrega por el contratista- para que la Administración pueda ejercer plenamente sus derechos dominicales y cumplir con su obligación de entregarla al uso público o servicio correspondiente (artículo 170 RCE, párrafo tercero). Esta entrega no puede considerarse como el efecto traslativo del acto de aprobación, sino como acto autónomo que se produce en el cumplimiento de la obligación principal; - obtención de un resultado final y puesta a disposición del dueño de la - obra (9).

2. Objetividad de la recepción.- Como hacíamos notar más arriba, la recepción se sustrae a pactos que permitan juzgarla mediante cri-

terios más o menos subjetivos. En el contrato civil de obra es posible - la llamada cláusula "si placuerit", pues el artículo 1598 admite que se convenga que la obra "se ha de hacer a satisfacción del propietario, en cuyo caso se entienda reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente y si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que éste decida (10). En cambio, en el c.o.p. la obra no se hace para dar satisfacción a la Administración (merum arbitrium), ni en defecto de su aprobación, cabe acudir a un tercero arbitrador. La Administración tiene prefijado un criterio objetivo e inalterable para aceptar la obra, pues ésta debe ejecutarse "con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base al mismo (artículo 130 RCE). Ahora bien, lo que -- ocurre es que la Administración decide por sí misma en virtud del privilegio de ejecutoriedad de que goza (11) y su decisión se impone al contratista, al que no le cabe otro remedio, en caso de disconformidad, que recurrir el acto administrativo para destruir la presunción de legitimidad (y consiguiente objetividad) que le da fuerza ejecutiva.

3. Procedimiento de la recepción provisional.- La recepción -- provisional de la obra se sujeta a un procedimiento cuya observancia es garantía de objetividad y puntualidad. Como presupuestos de élla, ya hemos visto que el contratista debe dar el aviso de la terminación de la obra y, posteriormente, se procede a su verificación o reconocimiento. Sólo después la Administración podrá tomar la decisión de recibirla o -- rehusarla.

La recepción provisional se realiza con la intervención de determinados sujetos, tiene un objeto acotado y delimitado y se condiciona a circunstancias de lugar, tiempo y forma.

A) Sujetos que intervienen en la recepción.— Quien recibe la obra es la Administración y lo hace mediante "un funcionario técnico designado por la Administración contratante" (artículos 54 LCE y 170 RCE), es decir, el mismo funcionario que ha tenido que verificar la obra en -- unión con los demás facultativos designados a tal efecto (el Director de la obra y el Delegado del contratista). También sigue siendo necesaria la presencia del representante de la Intervención General del Estado con el fin de fiscalizar la inversión realizada en la obra y controlar su puesta en servicio.

La recepción provisional se efectúa, por tanto, por medio de -- una persona individual, ya que el funcionario designado a tal efecto es quien, si encuentra las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, "las dará por recibidas provisionalmente" (artículos 54 LCE y 170 RCE). Sin embargo, esto no debe impedir que cuando se trate de obras complejas en lugar de un receptor individual intervenga -- una comisión de personas idóneas para verificar la obra y después recibirla. Mas trátase de un receptor individual o de una comisión receptora, lo que debe quedar claro es que no intervienen como auténticos representantes de la Administración, sino como funcionarios dependientes de ella, integrados en su organización; jurídicamente no hay, pues, más que una -- voluntad: la de la Administración que actúa por medio de sus órganos y -- funcionarios. No cabe, por tanto, que el receptor de la obra no sea funcionario de la Administración (12).

Sobre el funcionario receptor de la obra pesan determinadas incompatibilidades. No están establecidas expresamente en la LCE y RCE, pero de sus artículos 54 y 170, respectivamente, cabe deducir que no puede ser una misma persona el Director de la obra y el funcionario que la recibe, pues ese precepto ordena la asistencia de un facultativo designado por la Administración contratante. Esta incompatibilidad se justifica --

porque quien tiene por misión la supervisión y dirección de la obra, responde al mismo tiempo frente a la Administración de la ejecución de la obra de conformidad con el contrato, por lo que se convertiría en juez y parte en el momento de la recepción (13), de aquí que deba ser un tercero el receptor para que pueda juzgar con independencia de criterio sobre el comportamiento del Director de la obra. Y una razón semejante existe para establecer la incompatibilidad del ingeniero autor del proyecto para ser receptor de la obra, toda vez que eventualmente pueden apreciarse en la recepción vicios o defectos cuyo origen esté en el proyecto de la obra. Como dice CIANFLONE (14) estas incompatibilidades se entienden en interés de la Administración, pero tampoco son indiferentes a los inte--reses del contratista, por lo que éste puede pedir la recusación del fun--cionario receptor al comenzar las operaciones de la verificación y recep--ción de la obra.

La recepción es un acto contradictorio (15), pues en ella participa el contratista asistido, si lo estima oportuno, de un facultativo (artículo 54 LCE y 170 RCE, párrafo primero). La cláusula 72 PCAG puntua--liza que el contratista, bien personalmente o mediante delegación autori--zada, tiene la obligación de asistir a la recepción de la obra.

En fase de verificación la obligación de presencia del contra--tista es limitada a su colaboración con la Administración en las labores de comprobación (ensayos, pruebas, toma de datos). Mas en el momento de recibir la obra la obligación de presencia del contratista tiene un al--cance mayor. Efectivamente, si por causas que le sean imputables no cum--ple esa obligoción, no podrá ejercitar derecho alguno que pudiera deri--var de su asistencia, y en especial, la posibilidad de hacer constar en el acta reclamación alguna en orden al estado de la obra y a las previ--siones que la misma establezca acerca de los trabajos que debe realizar

en el plazo de garantía. Así lo dispone la cláusula 72 PCAG, párrafo -- primero, que añade que sólomente, con posterioridad, en el plazo de diez días, y previa alegación y justificación fehaciente de que su ausencia -- fue debida a causas que no le fueron imputables, podrá el contratista -- ejercitar sus derechos.

B) Objeto de la recepción. Recepciones parciales..- El objeto - de la recepción provisional está, como decíamos, delimitado, pues mediante ella se emite un juicio sobre la bondad de la obra (de bonitate operis). Ello abarca a toda la obra realizada según el proyecto y sus posibles modificaciones reglamentariamente aprobadas. No cabe por tanto una recepción de parte de la obra. La recepción es de la obra completa y acabada, pues sólo así puede quedar liberado el contratista. Ahora bien esta regla general tiene la excepción de que es posible recibir provisionalmente aquellas partes de obra que deban ser ejecutadas en los plazos parciales establecidos en el contrato, según admite el artículo 170 RCE, (párrafo segundo). Sin embargo, la formulación de la excepción deja mucho que desear en cuanto a claridad y precisión. Pudiera entenderse que en cualquier obra que tenga plazos parciales establecidos en el contrato, la -- Administración puede en el vencimiento de cualquiera de ellos, pedir la recepción de la parte de obra concluída en ese momento. A nuestro juicio esto sólo puede ser así cuanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares se haya pactado expresamente las partes de obra que pueden recibirse en cada plazo fijado expresamente a tal efecto. Nos basamos para ello en que el artículo 82 RCE dice que entre los extremos que debe -- contener el pliego está "el plazo total de ejecución del contrato e indicación de los plazos parciales si la Administración estima oportuno establecer estos últimos o referencia de si se fijarán en la aprobación del programa de trabajo señalando, en su caso, cuáles darán motivo a las recepciones parciales provisionales a que se refiere el artículo 170". Por

consiguiente, no todo plazo parcial estipulado da lugar, sin más, a una recepción parcial; sólo será así cuando el pliego especifique los plazos parciales a cuyo vencimiento se puede recibir parte de la obra. Normalmente este pacto singular se utilizará, por ejemplo, cuando se trate de obras que al progresar van quedando ocultas impidiendo un ulterior reco-
nocimiento, o cuando el avance de la obra permita un uso parcial de élla, generalmente por razones de urgencia.

Distinta de esta recepción parcial es la que puede tener lu--
gar cuando la obra se haya fraccionado en partes diferentes que son ob-
jeto de proyectos independientes, posibilidad contemplada en el artícu-
lo 59 RCE. En este supuesto no debe haber inconveniente para que cada -
parte de obra pueda ser recibida provisionalmente; es más no se produci-
rá una verdadera recepción parcial, pues se estará ante un contrato con
pluridad de objetos (artículo 29 RCE) o prestaciones perfectamente defi-
nidas, siendo pues cada una objeto de recepción individualizada y total.

C) Lugar y tiempo de la recepción.- Acerca de las circunstan-
cias de lugar y tiempo, cabe indicar que el lugar será necesariamente el
del emplazamiento de la obra por requerirlo así su previo reconocimien-
to y su posterior toma de posesión, y que el tiempo de que la Adminis-
tración dispone para la recepción es de un mes contado desde la fecha -
de terminación de la obra, pudiendo producirse en cualquier momento den-
tro del plazo, aunque la cláusula 71 PCAG obliga al representante de la
Administración (funcionario receptor de la obra) a fijar la fecha de la
recepción provisional, y con tal fin ha de citar por escrito al Direc--
tor y al contratista o su delegado.

El incumplimiento del plazo por la Administración por causas
imputables a élla, la hace responsable por "mora credendi". El contra-

tista no puede liberarse de sus obligaciones si la Administración no -- coopera con él recibiendo la obra, por lo que la infracción de este deber la constituye en mora sin necesidad de previo requerimiento del contratista. La cláusula 72 PCAG no deja lugar a dudas sobre esto al decir que "si la recepción provisional de la obra se efectuare pasado el plazo de un mes contado a partir de la fecha de terminación de aquélla y -- la demora fuere imputable a la Administración, el contratista tendrá de recho a ser indemnizado de los perjuicios que la demora le irroque si -- así lo solicita por escrito al amparo del artículo 158 del Reglamento -- General de Contratación". Este último precepto dice que "el incumpli- -- miento por la Administración de las cláusulas del contrato originará -- una resolución sólo en los casos previstos en esta legislación, pero -- obligará a aquélla, con carácter general, al pago de los perjuicios que por tal causa se le irroquen al contratista". Análoga solución propor- -- cionan los artículos 66 y 92 RCCL; aunque el primero de ellos también -- faculta al contratista para exigir el cumplimiento de la obligación u -- optar por la resolución del contrato cuando el cumplimiento ya no es po- -- sible, supuesto este último que no es concebible se dé respecto de una obra pública terminada, pues la Administración la recibirá, lo cual sig- -- nifica optar por el cumplimiento. En todo caso una u otra opción son -- compatibles, según el segundo precepto indicado, con el derecho al resar- -- cimiento de los daños y perjuicios causados por la morosidad en recibir la obra.

D) Formalización de la recepción. -- La recepción provisional -- está sujeta a un requisito de carácter formal, como es su constancia en un acta. El artículo 170 RCE (párrafo quinto), sólo exige el acta para el caso de no recepción, pero esto es un olvido pues en la práctica también se documenta en un acta el resultado positivo de la recepción. El Pliego de 1903 (Condición 59), ya aludía a ello al decir que --

"del resultado de la recepción se entenderá un acta que, firmada por to dos los asistentes, se remitirá a la Dirección General". Actualmente el PCAG (cláusula 71, párrafo tercero) dispone que "de la recepción provisional se extenderá acta por triplicado ejemplar que firmarán el representante de la Administración en la recepción, el Director y el contratista o su delegado, siempre que hayan asistido al acto de la recepción, + retirando un ejemplar de dicha acta cada uno de los firmantes. Si el -- contratista o su delegado no han asistido a la recepción provisional, - el representante de la Administración le remitirá con acuse de recibo, un ejemplar del acta".

¿Cuál es el valor de este requisito formal?. La cuestión que cabe plantear es si el acta es o no un elemento constitutivo de la recepción provisional. Como dicen DIAZ-PICAZO y GULLON "es clásica la distinción entre formalidades ad substantiam o ad solemnitatem y ad probationem. Las primeras son aquellas que necesitan una clase de negocios jurídicos para su existencia o nacimiento. La forma en ellas es sustancia, de tal modo que no existen como tales negocios jurídicos si no aparecen celebrados bajo la forma ordenada legalmente ... La forma ad probationem es requerida como prueba del negocio. No condiciona la eficacia negocial sino en un sentido muy limitado, pues se establece para que aquel pueda ser probado únicamente a través de la forma prescrita legalmente. Mas el negocio es existente y válido pese a su inobservancia" -- (16). GARRIDO FALLA ha sostenido que esta distinción, comúnmente admitida en la doctrina civil no rige para los actos administrativos, pues la falta de la forma prescrita debe considerarse siempre como un vicio del acto administrativo (17).

De todos modos, si bien la falta o defecto de forma se considera como un vicio del acto (y efectivamente lo es), ello no impide que

para los actos administrativos negociales también sea útil la distinción formulada en la doctrina civil. Por otra parte, aunque la falta o defecto de forma sólo fuera un vicio, es claro que la Administración no podría alegarlo frente a quien se relaciona con ella y es ajena a la falta cometida ("allegans propiam turpitudinem non auditur", principio que se desprende de los artículos 1302CCyl15, 2. LPA).

Aplicando, pues, la distinción de las que también se han llamado formas de ser y formas de valer (18), hay que entender que el acta es un requisito de la recepción provisional "ad probationem", no - - siendo, por tanto, un requisito constitutivo de ella. Es posible, pues, demostrar por otros medios que hubo recepción provisional, hablándose entonces de recepciones tácitas o presuntas.

E) Recepciones tácitas.- Se puede decir que existe recepción tácita cuando la Administración realiza uno o varios actos que necesariamente implican una voluntad de aprobar y hacerse cargo de la obra (19). La jurisprudencia del Tribunal Supremo admite sin reservas las posibilidades de una recepción provisional de obra tácitamente producida, es decir, deducida de los propios actos de la Administración o, como dice la sentencia de 26 de mayo de 1.981, derivada de una "situación administrativa de facto suficientemente comprobada". (20). El Consejo de Estado también ha admitido la existencia de recepciones provisionales tácitas, con efectos desde el momento en que materialmente se producen, aunque no se hayan observado las formas prescritas. El Dictamen de 3 de julio de 1969 (Expediente núm. 36.489) dice a este propósito lo siguiente:

"A este respecto el Consejo de Estado debe señalar que, aparte de los problemas que pudiesen suscitarse para determinar si en la época de terminación de las obras e inauguración de los edificios, 1958, la legislación sobre contratos adminis-

trativos era o no aplicable a la Fundación Laboral entonces existente, es lo cierto que los actos formales de recepción, tanto provisional como definitiva, representan solemnes e ineludibles garantías dentro de la actuación de la contratación administrativa, pero que no pueden confundirse con la materialidad de la recepción pues, en tanto esta recepción de la obra haya tenido efectivamente lugar, no cabe ignorarla como elemento fáctico, oponiéndole las nociones esencialmente formales de las actas de recepción que, en principio, deben extenderse. Desde este punto de vista, es lo cierto que, cualquiera que fuese la regularidad con que la recepción de las obras se llevase a cabo por la "Fundación Laboral S.J." en 1958, dicha recepción tuvo ciertamente lugar, al inaugurarse las instalaciones, y que los edificios fueron utilizados y lo siguen siendo a partir de aquella época, sin que, por tanto, el que se hayan extendido o no las actas formales de recepción tenga mayor trascendencia a los estrictos efectos de determinar la situación jurídica de los Arquitectos directores de las obras para la obtención del pago de sus honorarios".

La inauguración, pues, de una obra, o simplemente su utilización sin reserva por la Administración o por los usuarios a quienes va destinada, son actos que inequívocamente revelan la voluntad de considerarla bien realizada y útil para el fin previsto, al tiempo que se produce expresamente una toma de posesión de la misma.

4. Efectos.- El efecto primordial de la recepción provisional es la liberación del contratista en cuanto a su obligación principal de realizar y entregar la obra. Una vez recibida provisionalmente la obra, el contratista sólo responde de los vicios o defectos que puedan aparecer en el período de garantía o de los vicios ocultos que se manifiesten en el plazo de quince años. Existe liberación o exoneración del contratista porque la recepción provisional, como ya hemos visto, entraña la aprobación de la obra, esto es, el reconocimiento o admisión por la Administración de que el contratista ha realizado su prestación de conformidad con el contrato. Desde ese momento nace a favor del --

contratista el derecho a que se liquide y pague, también con carácter - provisional, el precio correspondiente a la obra recibida (artículo 172 RCE).

Además, la recepción provisional tiene el efecto de transmitir a la Administración los riesgos que pesaban sobre el contratista. Mientras que el contratista ha tenido la posesión de la obra, sobre él han pesado los riesgos de pérdidas, averías o perjuicios en ella, teniendo únicamente derecho a ser indemnizado en caso de fuerza mayor (artículos 46 LCE y 132 RCE). Pero una vez que la Administración recibe la obra provisionalmente, ella asume los riesgos por pérdidas, averías o -- perjuicios, incluso en caso de fuerza mayor. En cambio no hay desplazamiento de posesión ni consiguientemente transmisión de riesgos respecto a los medios, útiles, herramientas del contratista, así como de sus instalaciones y obras auxiliares construídas en suelo propio o arrendado - (21).

El desplazamiento de los riesgos hay que referirlo al momento real en que la recepción provisional se produce, con independencia del momento de su formalización. El Consejo de Estado ha sentado esta doctrina en los siguientes términos:

"La recepción provisional es una confrontación por la Administración del hecho de que el contratista efectivamente ha cumplido la prestación que le incumbe. Por tanto debe efectuarse de manera inmediata, y en todo caso, su eficacia, por lo que se refiere al desplazamiento de los riesgos, debe retrotraerse a la fecha del efectivo cumplimiento contractual (Dictamen de 7 de enero de 1966, expediente núm. 33.227).

Por último, la recepción provisional da paso a la apertura de un período de garantía que seguidamente pasamos a estudiar.

V.- EL PERIODO DE GARANTIA.-

1. Fundamento y plazo.- Como acabamos de ver la recepción provisional tiene como finalidad principal exonerar al contratista de su obligación de ejecución de la obra. Pero también con la recepción provisional se abre un período de garantía que siempre resulta necesario - aunque no se siga un sistema de doble recepción (22). Como dice LLORENS (23), el dueño de la obra necesita tiempo para verificar la calidad de la obra y su utilización es el mejor medio para apreciar posibles defectos. Esta fundamentación lógica justifica que la existencia de un período de garantía no quede a la disponibilidad de las partes sino que se imponga como condición necesaria del contrato, pudiendo regularse únicamente su duración. El artículo 82 RCE manda incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares el "plazo de garantía que ha de mediar entre la recepción provisional y definitiva de las obras objeto del contrato". E igualmente el artículo 122 RCE (apartado 5), ordena que en el documento notarial o administrativo con el que se formaliza el contrato se especifique el plazo de garantía junto con los plazos de ejecución total y parciales y el especial para comprobar el replanteo. Pero sobre todo los artículos 54 LCE y 171 RCE disponen que "el plazo de garantía se establecerá siempre en el contrato, atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a un año salvo casos especiales".

El plazo de garantía se computará desde la fecha en que haya tenido lugar la recepción provisional de forma expresa o tácita. El plazo quedará interrumpido si se advierten vicios o defectos en las obras, volviendo a computarse de nuevo desde que termine su reparación. La STS 19 Abril 1981 dice que el plazo de garantía "se interrumpe desde el momento en que se descubre un vicio o defecto de las obras o se pro-

duce una avería en las mismas y sólo vuelve a correr una vez que éstas han quedado reparadas debidamente y que han sido puestas a disposición de la Administración los elementos afectados".

2. Reducción y excepción de la garantía..- El rigor sobre la necesidad de establecer un plazo de garantía cede en los casos en que la misma naturaleza de la obra no exige un plazo demasiado largo o incluso impide que puede tener efecto práctico la misma garantía. Por otra parte el RCE también prevé los casos de terminación anticipada de una obra por resolución del contrato en los que la entrada de un segundo -- contratista puede impedir o dificultar la existencia de un plazo de garantía de la obra realizada hasta ese momento.

Las que llama el RCE (artículo 57) obras de reparaciones menores y obras de conservación o mantenimiento pueden justificar por su -- propia naturaleza que el plazo de garantía sea inferior al año, pues se ría difícil conocer en la práctica, transcurrido un período de tiempo -- largo, si el defecto es debido al trabajo de conservación o mantenimiento o al propio uso de la obra.

Otras obras excluyen la posibilidad de quedar en garantía, -- bien porque ésta no tenga finalidad práctica, o porque los trabajos de conservación que son propios de este período no puedan realizarse salvo que se confundan con la propia ejecución. El artículo 181 RCE contempla estos supuestos al decir que "en aquellas obras especiales cuya perduración no tenga finalidad práctica, como la de sondeos y prospecciones, -- que hayan resultado infructuosas o que por su naturaleza exijan, a los efectos de su perdurabilidad, trabajos que excedan el concepto de mera conservación, como las de dragado, la recepción provisional y definitiva podrá resumirse en un solo acto mediante una única recepción".

Por último, en los contratos resueltos, dice el artículo 178 RCE que "tendrán lugar las dos recepciones, la provisional, efectuada desde luego, y la definitiva, cuando haya transcurrido el plazo de garantía respecto de las obras que se hallen terminadas por completo al acordarse la resolución y fuesen susceptibles del uso de servicio de -- que se trate. Para todas las demás obras que no se hallen en el caso anterior, y sea cual fuese el estado de adelanto en que se encuentren, se hará sin pérdida de tiempo una sola y definitiva recepción". La solución que contiene este precepto es muy lógica pues si la finalidad de la garantía es poner a prueba la obra mediante su uso o utilización, esto no será posible normalmente cuando la obra no está todavía acabada a no ser que alguna parte de ella pueda ser recibida provisionalmente y entregarse al uso o servicio previsto.

3. Responsabilidad del contratista..- Durante el período de garantía la responsabilidad del contratista comprende la reparación de -- los defectos o vicios que puedan manifestarse en la obra y la conservación de la misma.

A) La regulación especial del período de garantía contenida en el RCE y PCAG no contempla la responsabilidad por defectos intrínsecos de la obra, pero sí está prevista con carácter general pues los artículos 44 LCE y 130 RCE dicen que "durante el desarrollo de las obras y -- hasta que tenga lugar la recepción definitiva, el contratista es responsable de las faltas que en la construcción puedan advertirse". No cabe, pues, que el contratista invoque la verificación y aprobación efectuadas con la recepción provisional para eximirse de su responsabilidad por vicios. La recepción provisional tiene la virtud de transferir los riesgos a la Administración porque se produce la entrega real de la obra, -- pero no exonera del deber de reparar el vicio que se haga patente en pe

ríodo de garantía aunque la Administración hubiera podido conocerlo. El Consejo de Estado ha puntualizado reiteradamente la responsabilidad por defectos intrínsecos de la obra sin matizar sobre su grado de cognoscibilidad por la Administración antes o en el momento de la recepción provisional. El Dictamen de 17 de noviembre de 1967 (Expte. núm. 35444) dice a este propósito lo siguiente:

"Conforme a anterior doctrina del Consejo de Estado, efectuada la recepción provisional de las obras, el contratista sólo tiene a su cargo la conservación y policía de las obras, como expresa el artículo 62 del Pliego de Condiciones generales de 1903, por lo que sólo debe responder de los defectos intrínsecos de aquéllas, quedando, en consecuencia, desplazados los demás riesgos, incluso de fuerza mayor, a la Administración por el hecho mismo de la entrega de las obras que se opera con el acta de recepción provisional."

Cuando se habla de vicios intrínsecos, se hace referencia a aquéllos que son consecuencia directa de la ejecución de la obra por el contratista. Por ello, el mismo Consejo de Estado ha sentado la doctrina de que la responsabilidad del contratista durante el período de garantía no se extiende a vicios de proyecto, considerando como tales las imprevisiones del mismo. El Dictamen de 14 de julio de 1961 (Exp. número 27.722) dice lo siguiente:

"Sin embargo, ante el reconocimiento explícito que los Organos técnicos de la Administración hacen de que las deficiencias que hoy se manifiestan en las obras ejecutadas no son imputables al contratista, cuyo trabajo se ajustó en un todo al proyecto base de la contrata, sino a imprevisiones de este proyecto, es obligado solvar los principios de justicia y equidad que, conforme a los postulados fundamentales del Derecho contractual deben presidir siempre el cumplimiento y ejecución de las obligaciones estipuladas. Si bien es cierto que la operatividad de los principios que autorizan la revisión de las condiciones contractuales, por alteración de las

circunstancias o por imprevisiones iniciales, debe ser admitida con extrema cautela, al objeto de que no resulten desvirtuadas las exigencias de la seguridad y estabilidad jurídica, no es menos cierto que, en el presente caso, resulta con claridad de los informes técnicos obrantes en el expediente que, por razones imputables a la Administración, el cumplimiento de una obligación contractual resulta excesivamente oneroso para la otra parte, lo que permite afirmar que tal cumplimiento puede ser objetivamente injusto.

En consecuencia, las exigencias de la equidad, concretadas en principios generales de Derecho contractual, que sin dificultad ni violencia pueden ser incorporados, bien que cautelosamente, a nuestro ordenamiento jurídico, imponen el examen del alcance de las obligaciones de ambas partes, en función de la base subjetiva supuesta por la interpretación de la voluntad de las mismas en el momento de celebración del contrato y la base objetiva que está supuesta por la causa del propio contrato. Se trata, en definitiva, de aplicar la teoría de la base del negocio, que entiende que el alcance de las obligaciones contraídas por las partes se determina en función de las circunstancias básicas que, al tiempo de la conclusión del contrato, pudieron servir de fundamento a la decisión de las partes que, en virtud del mismo, quedaron obligadas.

Si se proyectan los citados principios sobre los que configuran la naturaleza jurídica del plazo de garantía, en los propios términos en que se establece en la condición 25 del Pliego de condiciones particulares y económicas ("el adjudicatario quedará obligado a la conservación del firme que hubiere ejecutado"), se advierte con claridad que el contratista se obligó a garantizar el resultado de la ejecución del proyecto que sirvió de base al contrato, pero su obligación no puede extenderse, sin conculcar flagrantemente aquel principio de la base del negocio, a los resultados deficientes que sean directamente referibles al proyecto. En otras palabras, lo que el contratista garantiza, y para ello se fija el plazo de garantía, es que su trabajo será realizado de acuerdo con los términos en que se obligó, con sujeción al proyecto establecido por la Administración, no siendo justo entender que queda obligado a la conservación de las obras si sus deficiencias se derivan precisamente de las imprevisiones y errores padecidos por la Administración al elaborar el propio proyecto. Afirmar lo contrario sería mantener, con rigor literalista

una obligación que rompe el principio de equilibrio de prestaciones entre las partes y pugna con los postulados de equidad que deben presidir toda relación contractual".

Por último la responsabilidad del contratista por los vicios de la obra se configura como de carácter subjetivo. Apreciado o conocido el vicio o defecto, no se produce sin más su imputación al contratista para hacerle responsable de su reparación. El contratista no responde por ser el ejecutor de la obra sino por ser culpable del vicio o defecto. Ahora bien, no es la Administración quien debe demostrar la culpabilidad del contratista sino que éste es quien tiene la carga de la prueba, por lo que para exonerarse de su responsabilidad deberá demostrar que el vicio no tiene su origen en la ejecución de la obra por haberse ajustado completamente al proyecto y demás condiciones del contrato, sino que la causa es debida al proyecto, a la dirección o a un suceso de fuerza mayor.

El Consejo de Estado viene sosteniendo que la responsabilidad del contratista se basa en la culpa. El Dictamen de 13 de abril de 1972 (Expediente núm. 37884) sienta la siguiente doctrina:

"El dictamen mayoritario, sobre el que se basó la Orden hoy recurrida, configuró una especie de responsabilidad objetiva, una extensión del concepto de "ejecución", hasta incluir en ella cualquier hecho que hubiera podido dar lugar a las roturas, de las que, en todo caso, con culpa o sin ella, sería responsable el contratista. Pero la responsabilidad objetiva no es la regla, sino la excepción, en el Derecho español. La Ley de Contratos del Estado (que, aunque posterior a esta -- contrata, ha venido a reflejar en este punto concreto criterios normalmente imperantes) se refiere a la culpa en el artículo 53, y al dolo, en el 56; su Reglamento, en los artículos 169, 170 y 175, trazando en todos ellos figuras características de la responsabilidad subjetiva y, como tal, debida

mente matizada. El contratista no responde por ser contratista, responde sólo y siempre que su actuación infrinja las --prescripciones reglamentarias y contractuales.

Todo aquel dictamen estaba construido sobre la base de que, aún sin saberse a ciencia cierta si la causa de la rotura de las canaletas era, pura y simplemente, el empleo del cemento aluminoso en su fabricación, o la excesiva porosidad --de ese cemento, o el poco cuidado y vigilancia en el proceso de elaboración, o un defectuoso vibrado, lo cierto, lo positivo, era la rotura de las acequias y, con ello, la defectuosa ejecución de la obra contratada. Esta responsabilidad objetiva se encontraba, además, agravada por el hecho de haber sido también el contratista el oferente de los módulos, procedimientos y materiales elegidos por él con toda libertad.

Sobre este criterio, conviene repetirlo, se fundó la Orden --de 19 de junio de 1971, contra la que se ha recurrido.

En principio, podría aceptarse la presunción de que una Orden basada sobre un tan defectuoso planteamiento debería ser revocada. Porque está claro que no ha podido centrarse adecuadamente el problema partiendo de la premisa de un manifiesto incumplimiento contractual producido por el mero hecho de las roturas, por lo que será preciso ahora reconducir el planteamiento a los términos de la consulta inicial que, como ya se dijo, se referían a la "posible culpabilidad de la contrata en la rotura de las acequias fabricadas con ... cemento - aluminoso". Lo que ha de precisarse es la existencia o no de esa culpabilidad; no una automática e ineludible responsabilidad objetiva derivada del mero hecho de la rotura de las --acequias, configurada como incumplimiento de la finalidad del contrato. Y ante la eventualidad de que pudieran existir, para mantener la Orden impugnada, razones distintas de aquellas en las que se fundó, procederá examinar, tal como vienen plantados en el expediente, los diferentes supuestos de las causas de las roturas, concretamente: a) el de la inadecuación por su propia naturaleza, del cemento aluminoso para la clase de obra de que se trataba; b) un imperfecto tratamiento --del mismo, o c) una defectuosa ejecución de la obra en otros extremos, supuestos que, en contra de lo que suponía el dictamen, fundamento de la Orden de 19 de junio de 1971, no conducen todos a la misma conclusión".

Junto a la responsabilidad por defectos o vicios de la obra, existe la obligación de conservación durante este período. La obligación de conservar es continuación de la que ya tiene el contratista a medida que ejecuta la obra. La cláusula 24 PCAG dice que el contratista está obligado no sólo a la ejecución de la obra, sino también a su conservación hasta la recepción definitiva". Esta obligación de conservar es una mera consecuencia de la obligación de entregar la obra perfectamente acabada. En cambio, cuando la obra ya ha sido entregada al producirse la recepción provisional, la obligación de conservación es más bien consecuencia de un deber de vigilancia o policía de la obra establecido para corregir posibles defectos que se aprecien con la utilización de la obra.

Como dice el artículo 171 RCE "durante dicho plazo (el de garantía) cuidará el contratista en todo caso de la conservación y policía de las obras, con arreglo a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas y a las instrucciones que dicte el facultativo de la Administración". E incluso se concibe esta obligación como de carácter preventivo, pues según este mismo artículo 171 RCE "si descuidase (el contratista) la conservación y diera lugar a que peligre la obra se ejecutarán por la propia Administración y a costa del contratista los trabajos necesarios para evitar el daño".

La cláusula 73 PCAG se refiere específicamente al deber de conservación durante el período de garantía. Según ella "el contratista procederá a la conservación de la obra durante el plazo de garantía - con arreglo a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas y según las instrucciones que reciba de la Dirección, siempre de forma que tales trabajos no obstaculicen el uso público o el servicio correspondiente de la obra."

A continuación esta cláusula 73 PCAG establece la responsabilidad por daños o deterioros que puedan producirse en la obra, en forma de una presunción que admite prueba en contrario (iuris tantum). Dice la cláusula que "el contratista responderá de los daños o deterioros -- que puedan producirse en la obra durante el plazo de garantía, a no ser que pruebe que los mismos han sido ocasionados por el mal uso que de -- aquélla hubieran hecho los usuarios o la entidad encargada de la explotación y no al incumplimiento de sus obligaciones de vigilancia y policía de la obra; en dicho supuesto tendrá derecho a ser reembolsado del -- importe de los trabajos que deban realizarse para restablecer en la -- obra las condiciones debidas, pero no quedará exonerado de la obligación de llevar a cabo los citados trabajos".

Existe pues la presunción de que el contratista es responsable de los daños o deterioros que en la obra puedan producirse. Se presume que el daño es consecuencia del incumplimiento del deber de vigilancia y policía que tiene el contratista durante la ejecución de la obra. Esta presunción traslada al contratista la carga de probar que el daño o deterioro no se ha debido a culpa o negligencia sino a causas ajenas a él.

La cláusula 73 PCAG sólo contempla como caso de responsabilidad ajena al contratista, el mal uso que hagan de la obra sus usuarios o la entidad explotadora. Sin embargo pueden darse otros casos en los que el contratista no sea responsable. La propia Administración, titular de la obra, puede ser causante de daños en este tiempo de garantía y ya -- hemos visto que pueden producirse defectos o vicios que tengan su origen en la imprevisión de la Administración al redactar el proyecto. Por -- otra parte, el daño de un tercero puede provenir de quien no tenga la -- cualidad de usuario sino de simple tercero y por último también soportará la Administración el daño a la obra debido a caso fortuito o fuerza --

mayor.

Con todo, según la cláusula 73 PCAG, el contratista tiene el deber de reparar la obra dañada, abonándosele el importe de los trabajos realizados, aunque demuestre que el daño no le es imputable. No se trata de una obligación contractual, pues este deber de rep^{ar}ar se impone como obligación legal de cumplimiento forzoso, con el derecho a ser resarcido del importe de la reparación. Lo que no especifica la cláusula es cómo se han de valorar esos trabajos. No serán de aplicación los precios estipulados para las distintas unidades de la obra, pues ellos son contrapartida de su ejecución en un tiempo determinado para conseguir el resultado final. En cambio, ahora se contemplan obras adicionales a las ya ejecutadas (aunque técnicamente puedan ser de la misma naturaleza), que deberán valorarse al coste real en el momento de su realización. Por ello, consideramos que será necesario acudir a la fijación de precios contradictorios tomando como base los del contrato pero sin que necesariamente tengan que coincidir con ellos. Ahora bien, la falta de acuerdo sobre el importe no exonera al contratista de la ejecución de la reparación dado el carácter forzoso de la obligación según ya se ha indicado.

La solución que ofrece esta cláusula es criticable, pues por principio no se puede obligar a reparar si no existe responsabilidad -- por el daño causado. Se nos ofrece aquí un caso de obligación sin responsabilidad, dejándose indemne al obligado mediante el pago del importe de su trabajo. Sólo el interés público puede justificar la imposición de un deber de esta naturaleza a quien ya se encuentra liberado de la obliga--ción contraída con la Administración por haber sido recibida provisionalmente la obra, y a quien, por otra parte, no se le imputa el daño cau--sado por tener su origen en el acto u omisión de un tercero o de la - --

La doctrina del Consejo de Estado ha subrayado lo que es objeto inmediato de la recepción definitiva pero también ha destacado -- los efectos plenos que ella produce. El Dictamen de 26 de Abril de 1966 (Exp. núm. 34.585) dice que "la recepción definitiva tiene por objeto comprobar que durante el plazo de garantía la obra se ha mantenido en el debido estado de conservación. Es, por consiguiente, una nueva comprobación, "a posteriori", del mismo hecho que acredita la recepción provisional: que el contratista ha cumplido debidamente su prestación". Sin embargo el mismo Consejo de Estado ha dicho también:

"La recepción definitiva no es un mero acto de comprobación de constatación de hechos o situaciones; tiene más relevancia y enjundia? afecta a la relación jurídica entre la Administración y el contratista, y bien claro queda arriba expuesto y corroborado por la Jurisprudencia, creando derechos, en vía administrativa al menos, por ejemplo, a la devolución inmediata de la fianza". (Dictamen 20 de mayo de 1965. Exp. núm. 33847).

2. Procedimiento..- Lógicamente el procedimiento de la recepción definitiva es similar al de la recepción provisional por intervenir en ella los mismos sujetos y en relación con un mismo objeto. Según los artículos 55 LCE y 170 RCE la recepción definitiva se efectúa "con la concurrencia de las mismas personas a que se refiere el artículo 170, excepto el representante de la Intervención General, a la que se dará cuenta del acto, por si estima oportuno asistir". Por consiguiente, intervienen en la recepción definitiva el facultativo designado por la Administración contratante (a quien hemos llamado receptor), el facultativo encargado de la dirección de las obras, el contratista asistido si lo estima oportuno de un facultativo, y el representante de la Intervención General del Estado, cuya asistencia no es obligada.

El procedimiento se inicia con la comunicación que debe hacer el Director de la obra a la Administración, con una antelación mínima de un mes, de la fecha de terminación del plazo de garantía, a los efectos de que aquélla proceda a la designación de un representante, en la recepción definitiva (el receptor), el cual fija la fecha de celebración de la misma y la debe comunicar a la Intervención General del Estado con antelación mínima de diez días y citando también por escrito al Director y al contratista o su delegado (la asistencia del contratista a la recepción definitiva se rige por idénticos principios, reglas y trámites que los expresados para la recepción provisional (cláusula 76 PCAG, párrafos primero y segundo).

La recepción definitiva se efectuará con la intervención de las personas indicadas y en la fecha fijada para ello, teniendo en cuenta que los artículos 55 LCE y 170 RCE, establecen que debe efectuarse "dentro del mes siguiente al cumplimiento del plazo de garantía". Si transcurre este plazo sin que la Administración haya efectuado la recepción definitiva incurre en mora sin necesidad de que el contratista haya interpelado a la Administración, pues no exigiéndose en la recepción provisional tampoco será necesario en la recepción definitiva que se rige por los mismos principios y reglas. Los efectos de esta "mora credendi" de la Administración los regula la cláusula 77 PCAG disponiendo que "si la recepción definitiva de la obra se efectuare pasado más de un mes después de la fecha de terminación del plazo de garantía y la demora fuera imputable a la Administración, ésta deberá abonar al contratista los gastos de conservación de la obra durante el tiempo que exceda del plazo citado si aquél solicita por escrito el cumplimiento de esta obligación". Esta reclamación por escrito no es requisito formal de constitución en mora sino presupuesto para exigir el abono de los mayores gastos de conservación, pues de la situación morosa se pueden

derivar otros perjuicios como son el retraso en el pago del saldo de la liquidación definitiva y la devolución de la fianza, cuyo resarcimiento no se supedita a esa reclamación escrita.

El abono de los mayores gastos de conservación por mora de la Administración se determina aplicando a la partida alzada prevista en el presupuesto, la misma proporción que haya entre la duración del plazo de garantía y el período de demora. De no existir partida alzada en el presupuesto para estos fines, el importe de los gastos de conservación adicionales se fija por la Administración a propuesta justificada del contratista y previo informe del Director (cláusula 77 PCAG, -- párrafo segundo).

Puesto que la recepción definitiva consiste en la aceptación o aprobación que hace la Administración de la prestación del contratista, debe ir precedida de una actividad de verificación o comprobación. La cláusula 76 PCAG habla del "examen de la obra", que deberá realizar el funcionario receptor, asistido del Director de la obra y con la -- asistencia del contratista. Esta verificación o examen concluirá con -- un juicio de aprobación o reprobación.

Sólo puede haber un juicio de aprobación cuando las obras -- hayan sido "ejecutadas conforme al proyecto y en perfecto estado", según dice el artículo 174 RCE, párrafo tercero. Caso contrario la verificación concluirá con un juicio de reprobación y deberá ser comunicado al contratista, pues el artículo 174 RCE, párrafo segundo, y en análogos términos la cláusula 76 PCAG, párrafo cuarto, disponen que "se procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construído con señalamiento de un nuevo y último plazo para el debido cumplimiento de sus obligaciones, durante el cual

continuará encargado de la conservación de las obras sin derecho a reclamar cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía".

En estos casos de rechazo de la obra el problema que se planteará será el de la determinación de la causa del defecto o vicio de -- la obra, pues junto a los normalmente tenidos en cuenta (proyecto, dirección y ejecución) se suman ahora los derivados del uso de la obra. Esto obligará a que el Director no se limite a dar vagas instrucciones al contratista o a que rechace, sin más, la obra. Será necesario que el Director precise al contratista los defectos advertidos y sus medidas correctoras o reparadoras que deba llevar a cabo, siempre y cuando aquéllos tengan su origen en la ejecución de la obra, salvo el caso en que también sea el autor del proyecto, pues entonces también será responsable de los vicios de éste, según se declara en la cláusula 43 PCAG, párrafo segundo (24).

Transcurrido el nuevo y último plazo que se concede al contratista para subsanar los defectos, la cláusula 76 PCAG (párrafo cuarto) ordena que se vuelva a "examinar la obra con los mismos trámites y requisitos señalados, a fin de proceder a su recepción definitiva". De este postrero examen puede de nuevo resultar la admisión o aceptación de la obra o su rechazo. No dice el RCE ni el PCAG qué sucede en caso de negativa a recibir la obra pero resulta fácil deducirlo. Si la obra es defectuosa porque hayan aparecido vicios o defectos que tengan su origen en la ejecución, el contratista deberá subsanarla a su costa en el plazo que se le dé. Si no lo hace, la Administración puede resolver el contrato haciendo por sí o por un tercero las reparaciones necesarias y resarciéndose a costa de la fianza de las cantidades que todavía pueda deber al contratista, y si todo ello no fuera suficiente, reclamando la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Si la --

obra es defectuosa porque el contratista no ha cumplido con su obligación de conservación, vigilancia y policía, resultará más expeditivo y probablemente ~~menas~~ perjudicial para la Administración que élla ejecute los trabajos necesarios a costa del contratista, de acuerdo con lo previsto en el artículo 170 RCE; sólomente si el incumplimiento de la obligación de conservación hubiere dado lugar a daños de tal importancia o entidad que no pueden ser reparados por los medios propios y ordinarios de que la Administración disponga, se tendrá que acudir a la resolución del contrato con las mismas consecuencias indicadas anteriormente.

La recepción definitiva es también, como la provisional, un acto formal. Según la cláusula 76 PCAG (párrafos tercero y quinto) "del resultado del acto se extenderá acta en tantos ejemplares cuantos sean comparecientes al mismo quienes lo firmarán y retirarán un ejemplar cada uno". Añadiendo que "si el contratista o su delegado no ha asistido a la recepción definitiva, el representante de la Administración le remitirá, con acuse de recibo un ejemplar del acta". Además y según dispone el artículo 174 RCE (párrafos cuarto, quinto y sexto) "la recepción de las obras, cuando éstas sean de primer establecimiento, irá seguida de su inventario en el general de Bienes y Derechos del Estado. A estos efectos se acompañará al acta de recepción definitiva un "estado de dimensiones y características de la obra ejecutada y que a modo de resumen de la liquidación provisional practicada, defina con detalle las obras realizadas tal como se encuentran en el momento de la recepción definitiva, el cual se incorporará al Inventario General. Dicho documento será redactado por la dirección de las obras".

La formalidad de la recepción definitiva no impide que existan otros modos de probar que se ha producido, mas vale para élla cuanto ha quedado expuesto anteriormente sobre la recepción provisional tácita o

presunta . En particular el transcurso del plazo de garantía unido al uso de la obra sin reservas por parte de la Administración, implicará la recepción definitiva y si la formaliza con retraso por incurrir en "mora credendi" los efectos deberán retrotraerse al momento en que -- efectivamente tuvo lugar la recepción definitiva por la tácita.

En la contratación local, la recepción definitiva está supe--
ditada a una verificación previa y a su posterior documentación en un
acta. Según el artículo 62 RCCL, apartado 2, "caducando el plazo de ga--
rantía y dentro de los diez días siguientes, el técnico competente de la
Corporación emitirá informe en el que haga constar, bajo su personal --
responsabilidad, si los bienes o prestaciones objeto del contrato cum--
plen o no las cláusulas del mismo y, en especial, las condiciones técn*ica*s."
El resultado de esta verificación puede ser positivo o negativo.
Si es positivo, o como dice el artículo 63 RCCL, "si el informe a que --
se refiere el artículo anterior fuere favorable y la Corporación no re--
solviere nada en contrario dentro de los treinta días siguientes, se en--
tenderá acordada la recepción definitiva. Dicha recepción se formaliza--
rá mediante acta extendida por duplicado, que firmarán el Presidente de
la Corporación o miembros en quien delegue, el técnico que haya emitido
el informe, el contratista y el Secretario. Uno de los ejemplares se --
unirá al expediente y el otro se entregará al contratista, si lo solici--
tare: si el resultado de la verificación es negativo, o como dice el --
artículo 64 RCCL "si el informe técnico a que se refiere el artículo 62
no fuere favorable, se ordenarán las oportunas correcciones, cuando ---
procediesen o se acordará la resolución del contrato.

3. Efectos..- La recepción definitiva libera al contratista de
su obligación de ejecución de la obra. Como dicen los artículos 55 LCE
y 174 RCE "si las obras se encuentran en las condiciones debidas, se -

recibirán con carácter definitivo y quedará el contratista relevado de toda responsabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente", es decir salvo la responsabilidad por ruina que después será estudiada.

Consecuentemente, el contratista que ha cumplido con su obligación puede reclamar a la Administración el cumplimiento de la suya. Los artículos 57 LCE y 176 RCE disponen que "dentro del plazo de seis meses, contados a partir de la recepción definitiva, deberá acordarse y ser notificada al empresario la liquidación final de la obra y abonándosele el saldo resultante."

La recepción definitiva también determina la devolución de la fianza constituido por el contratista en garantía de la buena ejecución de la obra. Sin embargo, los artículos 120 LCE y 177 y 364 RCE -- también hacen depender dicha devolución de la liquidación definitiva, -- pues el acuerdo que debe adoptar la Administración a tal efecto, se subordina a que sea aprobada "la recepción y liquidación definitiva". Esta solución es criticable porque la única explicación que puede darse -- para condicionar la devolución de la fianza a la liquidación definitiva (siempre posterior a la recepción) es que esta liquidación arroje un saldo favorable a la Administración. Sin embargo este evento no constituye un concepto garantizado por la fianza, pues los artículos 115 LCE y 358 RCE sólo mencionan responsabilidades conectadas con las obligaciones del contratista y en particular derivadas de la ejecución de la obra.

VII.- LA RESPONSABILIDAD POR RUINA DE LA OBRA.-

La recepción definitiva de la obra significa la consumación -- del c.o.p. por parte del contratista. Sin embargo, aun extinguido el -- contrato se impone al contratista una obligación de garantía para dejar

indemne a la Administración del perjuicio que puede originarse en caso de ruina de la obra como consecuencia de vicios ocultos no apreciados en el momento de la recepción definitiva. El texto fundamental está recogido en los artículos 56 LCE y 175 RCE que dicen lo siguiente:

"Si la obra se arruina con posterioridad a la recepción definitiva por vicios ocultos de la construcción debidos a incumplimiento doloso del contrato por parte del empresario, responderá éste de los daños y perjuicios en el término de quince años. Transcurrido este plazo quedará totalmente extinguida la responsabilidad del contratista".

Se establece así la responsabilidad quincenal del contratista, análoga a la que existe en el arrendamiento civil de obra y a la que -- deberemos referirnos brevemente para entender el significado del precepto que ha quedado transcrito.

1. La responsabilidad decenal en el Código Civil. -- El artículo 1591 CC establece la que puede llamarse responsabilidad decenal de -- constructores y arquitectos. Dice este precepto que "el contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad y por el -- mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe a la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del -- contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización -- durará quince años".

Uno de los comentaristas del CC, MANRESA (25) justificaba esta garantía especial establecida en favor del dueño de la obra, de esta forma:

"La razón del precepto es muy clara. La entrega de la cosa y el examen que de ella se hace no son suficientes para suponer que el arrendatario tiene ocasión para conocer perfectamente todos los vicios de que la cosa pueda adolecer. Antes por el contrario, lo probable será que esos defectos no - - sean manifiestos, y que sólo con el transcurso del tiempo - puedan ser apreciados. Arrancando esta consideración de la misma naturaleza de las cosas, lo prudente y lo justo es el fijar un período de tiempo durante el cual la responsabilidad del arrendador pueda hacerse efectiva y no entender que el hecho de la aceptación implica renuncia, por parte del - arrendatario, de acciones que en ese momento no sabe si tendrá motivos para ejercer".

La doctrina civil se ha ocupado ampliamente del estudio de - esta responsabilidad decenal (26) y también la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado los criterios básicos para interpretar el artículo 1591 CC. En consecuencia, podemos configurar la responsabilidad decenal de la siguiente forma.

A) El artículo 1591 CC, como dice MANRESA (27) no establece una presunción de culpa contra el contratista ni contra el arquitecto por el mero hecho de que el edificio se arruine dentro del plazo durante el cual son éstos responsables, pues siempre tendrá que demostrar el dueño que la ruina ha tenido lugar por vicio del suelo o de la dirección, si quiere dirigir su reclamación contra el arquitecto, o por vicios de - - construcción o incumplimiento de las condiciones del contrato si va a entablar sus acciones contra el contratista". Con todo, la doctrina Civil más moderna apunta hacia una objetivación de esta responsabilidad. DIEZ-PICAZO (28) dice:

"La llamada responsabilidad decenal de contratista y arquitecto que determina la ruina del edificio, aunque inspirada en un sistema de valoración del comportamiento y de imputabilidad, se encuentra en muy buena medida objetivizada. El con--

tratista es responsable si la ruina ha obedecido a un defecto de construcción y el arquitecto lo es si la ruina ha tenido su origen en la especial naturaleza del suelo o en la dirección de la obra. Cabe, además, observar que el Código distingue por una parte la responsabilidad nacida de los vicios de la construcción y del suelo y por otra la responsabilidad nacida por falta de cumplimiento de las condiciones - del contrato".

Ahora bien, esta tendencia a objetivar la responsabilidad sólo se aprecia por el juego de una presunción que tiene un doble aspecto, tal como señala CADARSO-PALAU (29): "a) en el de la causalidad, en el sentido de que la ruina ocurrida dentro de los diez años es atribuible antes que al caso fortuito, a defectuosa construcción entendida como causa originaria; b) en el de la imputabilidad, permitiendo atribuir el vicio al constructor. La presunción es, en ambos casos, 'iuris tantum'".

La jurisprudencia aplica en cierto modo la presunción de culpa a base de exigir una diligencia especial por la profesionalidad de los sujetos responsables. La STS 19 febrero 1959 citada por CADARSO-PALAU advierte que el artículo 1591 CC consagra la regla romana según la cual "quod imperitia peccavit, culpam esse".

El CC no establece por tanto un sistema de responsabilidad -- objetiva que sólo es viable técnicamente si al mismo tiempo se instaura un régimen de seguro obligatorio. Así se ha hecho en Francia con la -- ley de 4 de enero de 1978, que modificó los artículos 1792 y 2270 del -- "Code Civil", estableciendo una verdadera presunción de responsabilidad, pues el primero de estos artículos establece que "une telle responsabilité n'a point lien si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'un cause étrangère". La doctrina entiende por "cause étrangère" la fuerza mayor y la culpa del dueño de la obra.

B) La responsabilidad decenal no deriva de cualquier vicio, pues el artículo 1591 CC habla del "edificio que se arruinase por vicios de la construcción". La doctrina y la jurisprudencia han precisado las nociones de edificación, ruina y vicios de la construcción.

La doctrina civil es acorde en mantener un concepto amplio de "edificio" tal como se recoge en el artículo 389 CC. Asimismo, la jurisprudencia también hace un uso amplio de una idea de edificio (30) de modo que puede equipararse a construcción inmobiliaria aunque deberá dejarse siempre un margen de apreciación al Juez ante la imprecisión del artículo 1591 CC.

También se mantiene un concepto amplio de la ruina. Como dice la STS de 15 de noviembre de 1959 "no hay que referirla tan sólo, a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar, es decir, al inmediato y actual derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino a un más amplio y lato contenido del arruinamiento, extensivo a la estimación de tan graves defectos de construcción que hacía temer la próxima pérdida de la misma, si inmediatamente no se sustituye como impropia o inútil para la finalidad a la que se destinó"

Además la ruina del edificio ha de provenir de un vicio oculto, esto es, no aparente en el momento de la recepción, ya sea ese vicio de la construcción propiamente dicha o del suelo o de la dirección.

C) En cuanto a los sujetos responsables, el artículo 1591 menciona al contratista y al arquitecto, pero también puede alcanzar esta responsabilidad a otros técnicos que intervengan en la construcción, -- tal es el caso del aparejador según la STS 5 mayo 1961. Además la jurisprudencia también ha incluido entre los posibles sujetos responsables -

al promotor de viviendas y locales (STS de 17 de octubre de 1974).

D) Finalmente, el párrafo primero del artículo 1591 establece un plazo de garantía y no de prescripción de la acción. Para que --aparezca la responsabilidad la ruina debe producirse dentro de los diez años, contados desde que concluyó la construcción. Pero si en este -- tiempo de manifiesta la ruina, la acción para exigir la responsabili--dad prescribirá a los quince años (artículo 1964 CC). También dura quince años la acción cuando la ruina es debida a la falta del contratista a las condiciones del contrato, según dice el párrafo segundo del artículo 1591. En este caso sigue aplicándose el plazo de garantía general de diez años.

2. Los artículos 56 LCE y 175 RCE..- La regulación de la responsabilidad por ruina contenida en el CC, debió considerarse, pese a sus imperfecciones, suficiente para ser aplicada al c.o.p. por vía supletoria. Sobre todo, si se tiene en cuenta que las normas civiles en esta materia responden al interés general y pueden ser consideradas por ello de orden público. Por otra parte, la norma especial que contienen los artículos 56 LCE y 175 RCE, habría tenido una justificación si hubiese aportado una regulación más completa y también más moderna que la -- que recoge el artículo 1591 CC. Sin embargo, nada de esto ofrece la norma administrativa y las deficiencias son fáciles de apreciar.

En primer lugar, los artículos 56 LCE y 175 RCE no siguen la tendencia existente en el campo civil a objetivar la responsabilidad, por lo menos mediante la inversión de la carga de la prueba. Estos preceptos basan la responsabilidad en la imputación al contratista de un comportamiento doloso que, por consiguiente, no es posible presumir, -- sino que deberá ser demostrado por la Administración. Creemos que esto le da al contratista un cierto trato de favor en comparación con lo que

sucede en el arrendamiento civil de obra. Quizá es esta una exorbitancia de la norma civil que actúa no en beneficio de la Administración sino de quien contrata con ella.

En segundo lugar, la norma administrativa no distingue, como la civil, entre la responsabilidad por ruina de la obra debida a vicios ocultos de la construcción y la que se debe a vicio del suelo o de la dirección. Esto en principio es lógico porque en el c.o.p. la dirección siempre incumbe a la Administración bien sea por medio de su personal propio o con la colaboración de técnicos contratados. Sin embargo, los artículos 56 LCE y 175 RCE no dicen nada de la responsabilidad del contratista cuando también es al mismo tiempo autor del proyecto (artículos 22 y 35 LCE y 63 y 113 RCE). En estos casos puede ocurrir que el vicio oculto pueda tener su origen en la confección del proyecto y no en la actividad constructora propiamente dicha. La omisión no creemos que deba subsanarse considerando aplicable en estos casos el artículo 1591 CC pues entonces se produciría una dualidad de plazos de garantía; uno de quince años para los vicios de construcción y otro de diez años para el vicio de proyecto. A nuestro juicio la laguna debe salvarse entendiendo que el vicio de proyecto constituye un incumplimiento doloso del contrato que, lógicamente, deberá ser demostrado.

Finalmente, el plazo de quince años que establece la norma administrativa es de garantía. Durante este tiempo el contratista está sujeto a la eventual responsabilidad derivada de la ruina de la obra, pero una vez que transcurra el plazo su responsabilidad quedará extinguida. Este plazo de garantía es mayor que el del artículo 1591 CC, -- pues no cabe entender que la norma administrativa ha recogido lo dispuesto en el párrafo segundo de este último artículo, según el cual "si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años". La doctrina civil (31) --

entiende que este plazo es de prescripción de la acción y no de garantía, que sigue siendo de diez años en el supuesto de incumplimiento del contratista.

Establecido que el plazo de quince años en los artículos 56 LCE y 175 RCE es de garantía, el problema que se suscita seguidamente es el de cuál sea el plazo del ejercicio de la acción que compete a la Administración frente al contratista. En este punto se pueden barajar - hasta tres plazos posibles. El plazo de un año que establece el artículo 1968 CC para la acción de responsabilidad civil derivada de la culpa o negligencia extracontractual. El plazo de cinco años que establece el artículo 40 LGP para la prescripción del derecho de la Hacienda Pública a reconocer o liquidar créditos a su favor, contándose dicho plazo desde el día en que el derecho pudo ejercitarse. Y, por último, el plazo - de quince años que establece el artículo 1964 para las acciones personales que no tengan señalado un término especial. En nuestra opinión debe aplicarse la prescripción de cinco años establecida en el artículo 40 - LGP, ya que el mismo contiene una regulación unitaria de la prescripción de los créditos y derechos a favor del Estado que sean de contenido económico sin distinción del título en que aquéllos se funden. Este plazo de cinco años se cuenta desde el día en que el derecho puede ejercitarse, es decir, en nuestro caso, desde el momento en que el vicio oculto sea - conocido o se manifieste.

N O T A S

(1) Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I, p. 638.

(2) Ob. cit. "Sistema de Derecho Civil". p. 337.

(3) Influenciados por la doctrina italiana (RUBINO, VITALEVI, GIANNASTASIO) estudian la verificación de la obra. DIEZ-PICAZO y GULLON ("Sistema de Derecho Civil. Vd. II, p. 337 y ss), SANCHEZ CALERO "El contrato de obra, su cumplimiento" 1978, p. 25, DE LA CAMA RA MINGO ("Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y arquitectura". Derecho Civil básico. Los contratos relacionados con la construcción. Vd. IV 1964, pp. 501. CABANILLAS SANCHEZ ("La recepción de la obra. Anuario de Derecho Civil", II, -- 1978, p. 287 y ss), entre otros.

(4) Ob. cit. p. 789. Y RUBINO dice igualmente que la verificación "es aquel complejo de operaciones materiales que tiene por finalidad establecer si la obra ha sido bien realizada". Este mismo autor distingue la "verifica" del "collaudo", atribuyendo a -- éste, de acuerdo con su etimología (cum laude) el significado de ser la declaración que reconoce que la obra ha sido bien ejecutada (Ob. cit. p. 746). Pero esta distinción no coincide plenamente con el concepto del "collaudo" dentro del c.o.p. en el Derecho -- italiano. Así, CIANFLONE, basándose en el Reglamento de 25 de mayo de 1895 (artículo 91) nos dice que el "collaudo" comprende dos actividades: "l'accertamento della rispondenza dell'opera al contratto e alle regole dell'arte; la liquidazione del corrispettivo spettante all'appaltatore". (Ob. cit. p. 786).

(5) La jurisprudencia ha insistido en la necesidad de que los defectos se señalen con certeza y se les hagan saber al contratista. La sentencia de 5 de febrero de 1980 dice: "Es indudable que los términos en que están redactados los arts. 64 del Regl. de -- Corporaciones Locales de 9 enero 1953, -"se ordenarán las oportunas correcciones"- y 174 del Reglamento General de Contratación -- de 28 diciembre 1967, -"se procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo cons-- truido"-, implican la necesidad de una correcta y detallada relación de faltas y defectos que supongan incumplimiento del proyecto aprobado, que no puede entenderse sustituida con una referencia genérica al propio proyecto, en manera alguna indicativa para el interesado que, desde que solicita la recepción definitiva, en -- tiende haberse ajustado al citado proyecto; actitud y supuesto, -- por otra parte, que aparecen abonados, en principio, por el transcurso del plazo de garantía de cinco años, sin que por la Administración Municipal se le hubiere formulado reclamación ni protesta sobre la ejecución y conservación de las obras de urbanización. En definitiva, en el presente caso, falta la determinación técnica competente de las deficiencias a corregir o faltas observadas, tanto en orden a ejecución como a conservación, e igualmente falta

la notificación formal de las mismas al interesado, que hubiera - constituido a éste en la obligación de subsanarlas".

(6) En el Derecho francés, el CCAG (artículos 41 y ss) ha generalizado el régimen de recepción única seguida de un período de - garantía. El derecho italiano, la recepción (collaudo) es por regla general de carácter definitivo. Sólo se admite que sea calificada de provisional en casos especiales, como sucede cuando por - razón de urgencia la Administración necesita utilizar la obra realizada (sobre este punto vid. CIANFLONE Ob. cit. p. 799).

(7) Ob. cit. p. 791. Este mismo autor sostiene que es un negocio jurídico unilateral recepticio (p. 792). En nuestra doctrina SANCHEZ CALERO mantiene la tesis contraria a la negocial, considerando que es un acto jurídico, y como tal voluntario, pero vinculado a una situación preestablecida en el acto de constitución de la relación obligatoria; y siguiendo a HERNANDEZ GIL y ALBADALEJO, concluye que es la aceptación un acto debido, concepto tomado de la doctrina italiana. (Ob. cit. p. 56)

(8) Dictamen de 7 enero 1966. Expediente núm. 33.227.

(9) No estamos de acuerdo con la opinión de algún sector de la doctrina civil que sólo destaca el aspecto de aprobación que hay en la recepción, considerando que la entrega en sí no tiene trascendencia jurídica. SANTOS BRIZ, J. dice que: "Debe aclararse que las palabras "entrega" y "recepción" de la obra no son equivalentes. Carece de efectos jurídicos por sí sola la mera entrega - o "recepción física", ya que para su eficacia jurídica ha de añadirse el reconocimiento de que su construcción es conforme al - contrato. Aparte de ello en numerosos supuestos, como cuando el - dueño de la obra estuviere ya en posesión de la misma con anterioridad, queda excluida la entrega, o cuando no se requiere por la naturaleza de la obra, como en prestaciones de tipo personal o - ideal o inmaterial. Por tanto, por recepción con efecto jurídico ha de entenderse "el asentimiento del comitente a la prestación - del contratista, manifestada en relación con un examen previo, o con un acto de prueba o una declaración (no necesariamente de carácter jurídico negocial) consistente en que considera la obra - realizada en lo esencial conforme al contrato, que no tiene objeciones fundamentales que hacer".

("El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica". RDP Tomo LVI 1972, p. 394).

(10) Sobre la interpretación de este artículo del CC, vid. DIEZ PICAZO. "El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos". Barcelona 1957. pp. 15-16

(11) GARCIA-ENTERRIA dice que el privilegio de decisión ejecutoria produce en este caso una alteración sustancial de los esquemas propios del contrato de obra regulado en el CC ... esta sustancial diferencia ha venido quedando reducida en la práctica por la intervención necesaria del Consejo de Estado ... El Alto Cuerpo Consultivo, órgano de la Administración, pero claramente sepa-

rado de los órganos activos y sin intereses propios en el contrato sometido a su dictamen, ha venido realizando tradicionalmente una función semejante al juicio pericial al que se refiere el -- artículo 1598 CC, moderando así las desorbitadas consecuencias -- que derivan de la incidencia del privilegio de decisión ejecutoria. Desde esta perspectiva, es claro que cobra especial transcendencia el proceso de marginación de la intervención del Consejo de Estado en el ámbito de la contratación administrativa, proceso iniciado con la primera redacción de la LCE, que la jurisprudencia acertó a corregir, y ratificado de nuevo en la reforma de 1973". (Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I, - p. 640).

(12) CIANFLONE dice que el receptor (collaudatore) es un funcionario de la Administración. El depende de la Administración comitente y por ello no asume el papel de un árbitro. Su juicio es -- siempre un juicio de parte a cuyo resultado el contratista no queda vinculado, pues puede impugnarlo utilizando los remedios que -- la Ley le otorga. Las relaciones entre el receptor y el contratista permanecen siempre en el plano de las relaciones entre el contratista y la Administración. (Ob. cit. p. 812).

(13) CIANFLONE Ob. cit. p. 811.

(14) Ob. cit. p. 811.

(15) Vid. LAUBADERE. Ob. cit. Tomo III, p. 227.

(16) Ob. cit. "Sistema de Derecho Civil". Volumen I, p. 506.

(17) Ob. cit. Volumen I, p. 558

(18) Nuñez LAGOS, R. "Hechos y derechos en el documento público". Madrid 1.950. pp. 21 y ss.

(19) GARRIDO FALLA dice que "mayor conexión con el problema de la forma tienen, en cambio, las declaraciones tácitas de voluntad administrativa, consistentes en un comportamiento de la Administración que, sin tener por fin manifiesto una voluntad, directamente la presuponen. La ya extinguida jurisdicción de agravios ha declarado expresamente que del silencio administrativo se distingue el acto administrativo tácito, en el que, si bien se produce la misma abstención del pronunciamiento principal, sin embargo, -- consiste en una declaración indirecta o en una ejecución que significa por sí misma y sin precisión de una disposición general que lo interprete o dé valor, aquiescencia o repulsa" (Ob. cit. p. -- 565).

(20) CABANILLAS SANCHEZ (Ob. cit. p. 293) cita como supuestos -- más frecuentes: el recibo de la obra constituida sin reservas y -- su subsiguiente utilización; el silencio del comitente a la propuesta del constructor para que proceda a la recepción definitiva cuando se ha pactado la provisional y se ha cumplido el plazo de garantía convencional; la demora injustificada del comitente en --

comunicar al constructor el resultado de la verificación de la obra constituida y entregada, a pesar del requerimiento del constructor; el pago del precio sin reservas.

(21) Sobre la protección interdictal de otros bienes del contratista Vid. VILLAR y ROMERO, J.M. ("Procedencia del interdicto de recobrar contra la Administración, caso de incautarse ésta de los medios auxiliares de una obra pública" RDP diciembre 1950, p. 973 y ss.

(22) En el Derecho francés, el artículo 44 CCAG de 1976 introdujo la llamada "obligation de parfait achèvement" que sustituyó al sistema anterior de la doble recepción, provisional y definitiva. Esta garantía tiene una duración de un año a contar desde la fecha de la recepción o de seis meses a contar desde la misma fecha cuando se trata de obras de mantenimiento o de explanación.

(23) Ob. cit. p. 549.

(24) La STS 15 de junio de 1967 contempla un caso de concurrencia de vicio o defecto de diverso origen, y sienta la siguiente doctrina: "Que en cambio es de notar, que en el informe del Inspector Nacional y Arquitecto de la Vivienda transcrito a los folios 345 a 350 de la primera pieza del expediente se puntualizan las causas en los defectos de las obras en cuestión, la situación y calidad de los terrenos para enclavar los bloques, el mal trazado de los desagües y la incivilidad de inquilinos al lado del olvido y quebranto de reglas elementales de buena construcción; juicio técnico de variedad de motivos que viene a corroborar el ulterior dictamen a que se aludió obrante en los folios 299 a 301 de la segunda pieza en el que el Arquitecto Jefe de la Sección técnica de la Dirección General de la Vivienda expresa análogamente el lamentable estado de las plantas bajas por la inadecuada red horizontal de saneamiento junto a anomalías de la instalación, el mal estado de las terrazas y el uso que se hace de ellas, o sea que en esos y otros extremos coinciden vicios de proyecto con los de ejecución y mal uso de las casas y resultaría injusto de tal suerte imponer globalmente a la Empresa constructora la reparación de la totalidad de las deficiencias que parecen relacionarse en el acta de 24 noviembre 1962; de ahí que al señalarse en la de 17 abril 1963 a la representación de Construcciones "I.L., S.A" los seis meses para efectuar las reparaciones especificadas, sin discriminación de orígenes, pudo compelerse a la realización de lo que no recaía sobre ella y entonces no quedaría correctamente entendido el párrafo final del art. 59 del Pliego de condiciones generales en su mandato de que se den al contratista precisas y detalladas instrucciones para remediar los defectos, y la posible indeterminación de éstos se deduce aún más, de que habiéndose llevado a cabo después de la resolución ministerial de 26 enero 1965 algunas reparaciones, según consta en acta del 5 marzo 1965, al folio 323 de la segunda pieza, preguntado el contratista si está dispuesto a ejecutar las obras pendientes, contestó que se le concretará cuáles eran dichas obras, que nunca se ha negado a reali-

zarlo siempre que fueren a él imputables y no a deficiencias del proyecto o al mal uso; respuesta razonable y que requiere lógica y congruentemente para cumplir la decisión de 29 octubre 1963 de la Dir. Gral. de la Vivienda, confirmada en la Orden Ministerial recurrida, de reparar los defectos observados con garantía de la cantidad retenida, que en éstos se determine lo que corresponde sufragar a la contrata y cuáles no, para lo que procede que el Mº de la Vivienda encargue a los mismos arquitectos de su Inspección nacional o de la Sección Técnica, que personados en los seis grupos de viviendas controvertidos y con citación para la diligencia de un representante de la Empresa Construcciones I.L., S.A., formulen dictamen fundado y preciso con la mayor objetividad sobre las deficiencias existentes y la atribución de ellas a los trabajos de la Empresa o a causas distintas -oyendo al representante - de ésta antes de las conclusiones o juicio que formen- y una vez obtenido técnicamente el resultado será oportunidad de exigir o acometer la ejecución del caso, más ya con la base necesaria de asignación de obras."

(25) "Comentarios al Código Civil". Madrid 1931. Tomo X, p. 677.

(26) Pueden verse HERRERA CATENA, J. "Responsabilidades en la Construcción. Responsabilidad de Técnicos y constructores. V. II" Granada 1977. CADARSO PALAU, J. "La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores", 1976. GARCIA CANTERO, "La responsabilidad por ruina de los edificios" ADC 1963, y FERNANDEZ HIERRÓ, "La responsabilidad por vicios de construcción", Universidad de Deusto, Bilbao, 1977, entre otros.

(27) Ob. cit. p. 679

(28) Ob. cit. p. 700

(29) CADARSO PALAU. Ob. cit. "La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores". Madrid p. 171.

(30) STS 15 febrero, 19 noviembre y 29 febrero 1972, citadas por CADARSO PALAU (Ob. cit. pp. 113 y 114)

(31) DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS. "Sistema de Derecho Civil". Vol. II, pp. 343.

CAPITULO NOVENO
=====

LA DETERMINACION DEL PRECIO

I.- EXISTENCIA Y DETERMINACION DEL PRECIO.-

La obligación principal de la Administración en el c.o.p. es la de pagar al contratista una suma de dinero en concepto de precio. El precio es elemento esencial del contrato. Primero, porque constituye el correlativo de la prestación del contratista. Segundo, porque el c.o.p. es un contrato oneroso en el que cada parte adquiere el derecho a la -- prestación de la otra mediante la realización de la que está a su cargo. Y tercero porque el c.o.p. es un contrato conmutativo y no aleatorio en el que las prestaciones de las partes están determinadas o por lo menos son determinables de acuerdo con criterios objetivos y no dependiendo - de un acontecimiento futuro e incierto.

El carácter esencial del precio se deduce fácilmente de las normas que regulan los contratos típicos de la Administración y, en particular, el c.o.p. Los artículos 12 LCE y 30 RCE establecen que los contratos de obras, servicios y suministros "tendrán siempre un precio - - cierto, que se expresará en moneda nacional y se abonará al empresario en función de la importancia real de la prestación efectuada y de acuerdo con lo convenido". Dentro de la regulación específica del c.o.p. el artículo 122 RCE dice que en la escritura pública debe indicarse "el -- precio cierto que ha de abonar la Administración con expresión del régimen de pagos previsto".

Cuando los artículos 12 LCE y 30 RCE dicen que el precio se abonará al empresario en función de la importancia real de la prestación

efectuado y de acuerdo con lo contenido, está poniendo de manifiesto el carácter esencial del precio y también las notas antes indicadas de la reciprocidad, onerosidad y conmutatividad del contrato. Además, estos preceptos ofrecen una idea objetiva o material de la equivalencia de las prestaciones al hablar de su importancia real, si bien la palabra importancia debió sustituirse por la de valor, ya que en definitiva lo que se está propugnando es la "equi-valencia". La misma LCE y RCE emplean otras ocasiones la expresión "precio justo del contrato" (artículos 37 y 118, respectivamente), para reflejar la misma idea de la equivalencia de las prestaciones. Esta precisión tiene su interés no como cuestión teórica o de principios sino de carácter práctico para resolver los conflictos entre las partes y proporcionar un criterio al Juez que haya de resolverlos. Además, la idea de la equivalencia económica debe también mantenerse para corregir las desviaciones que necesariamente surgen de la posición desigual de las partes, evitando que la Administración tenga mayor ventaja.

Mas no basta con que el precio exista y sea veraz y no simulado, pues además debe estar determinado. La determinación puede referirse al modo en que se establece que un precio es debido o a los modos o formas de determinar su importe económico (1). En el primer aspecto, la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita, aunque en el c.o.p. y dado su carácter formal, la obligación de pagar el precio es expresa, recogiénose en la escritura pública o documento administrativo con la que se solemniza el contrato (artículo 122 RCE). En el segundo aspecto, los modos de determinación pueden ser varios, según el grado de fijeza que se quiera o se pueda alcanzar. Teóricamente no es necesario que el precio esté determinado, basta que sea determinable si en el contrato existen elementos o criterios objetivos para la determinación (artículo 1273 CC). Pero en el c.o.p. la determinación del pre

cio no se deja para un momento posterior, sino que, con un mayor o menor grado de firmeza, se establece en el momento en que el contrato queda perfeccionado. Por ello, existen diferentes modalidades de determinación del precio, como a continuación vamos a estudiar.

II.- MODALIDADES DEL PRECIO.-

1. Precio alzado cerrado.- La modalidad de precio alzado o cerrado (forfait) para toda la obra y de manera invariable, sólo es posible si aquélla ha quedado perfectamente definida, de tal forma que el contratista pueda confiar en que su obligación no quedará modificada -- como consecuencia de imprevisiones técnicas que obliguen a ejecutar -- prestaciones diferentes y más onerosas. Este tipo de precio se contempla en la regulación civil del arrendamiento de obra (2), pero en la práctica sólo se utiliza en obras sencillas. En la esfera administrativa, también se aplicaba la modalidad de precio alzado para los llamados destajos. La Instrucción de 10 de octubre de 1.845 decía que "si las -- obras se ajustasen por Administración podrán tener lugar los ajustes -- parciales o destajos, así para el acopio de materiales o suministros y de otros efectos, como para la ejecución de algún trozo de obra. Para -- que estos ajustes sean válidos no podrá exceder su importe del que les corresponda en el presupuesto aprobado" (3). Actualmente el precio alzado se aplica en el caso de que las obras se realicen directamente por la Administración con la colaboración de empresarios particulares, o como dice el artículo 191 RCE "contratando con la empresa colaboradora la ejecución de unidades completas del proyecto, instalaciones o servicios, en base a un precio o tanto alzado, no superior al previsto en el proyecto"; aunque como señala el mismo artículo, estos contratos de colaboración tienen naturaleza administrativa pero no la de contratos de obras, tal como se configuran en el RCE.

Fuera de esta alusión al precio alzado, ni la LCE ni el RCE ofrecen un concepto o definición del mismo, como por ejemplo, existe - en el Derecho francés. Según el artículo 10.2. CCAG es precio alzado to do precio que remunera al empresario por una obra, una parte de obra o un conjunto determinado de prestaciones definidas en el contrato y que, o bien se menciona explícitamente en el contrato como alzado, o bien no se aplica en el contrato más que a un conjunto de prestaciones que por naturaleza no se repiten (4). De donde se deduce que la modalidad de precio alzado puede coexistir con otras, en particular, con los llamados precios unitarios de los que nos ocupamos a continuación.

2. Precio unitario.- Es el que se aplica o corresponde a un - tipo o a una prestación elemental de la obra, de acuerdo con la unidad de medida de la que sea susceptible. El artículo 10.2 CCAG dice que es precio unitario todo precio que no sea alzado en el sentido anteriormente indicado y particularmente todo precio que se aplica a una clase de obra o a un elemento de élla, cuyas cantidades sólo se indican en el contrato a título provisional (5).

Dentro de la modalidad de precio unitario, se pueden distinguir, a su vez, dos variedades:

A) Precio unitario abierto.- Se determina el precio de la -- unidad elemental de obra una vez que ha sido ejecutada, aplicando los - precios que para sus distintos componentes se recogen en un cuadro general. Este sistema se aplicó en nuestro Derecho durante la vigencia del Pliego de 1.861 y se describe con detalle en el preámbulo del Pliego de 11 de junio de 1.866 (6).

B) Precio unitario alzado.- En este supuesto el precio se fija de forma inmodificable para cada unidad de medida de la obra, lo que

supone un estudio analítico previo de los componentes de la unidad, -- para llegar a su determinación alzada. Realmente se trata de aplicar -- el mismo sistema que el precio global alzado, si bien referido a cada unidad o elemento de la obra. La doctrina italiana (7) habla por ello de un "piccollo appalto à forfait". Nuestro Derecho histórico admitió el sistema de precios unitarios como medio de corregir las desviaciones que se producían con el sistema de precios unitarios abiertos (8), y hoy se aplica en combinación con un presupuesto general cerrado.

3. Precios por administración..- En este sistema el precio se determina el reembolsarle al contratista los gastos en que hayan incurrido al ejecutar la unidad o unidades de obra, más un porcentaje en concepto de beneficios. Esta modalidad se puede aplicar bien a una parte de la obra o a toda ella. En el primer caso, el precio por administración coexiste con los precios alzados o los precios unitarios. En el segundo caso no hay un contrato de obra propiamente dicho, sino una ejecución por la Administración. En el Derecho francés se distinguen ambas hipótesis, hablándose respectivamente de remuneración mediante gastos controlados (Rémunération en dépenses contrôlées) y trabajos en administración (Travaux en régie). En el Derecho italiano se hace una distinción semejante entre las "prestazione in economia" y los "appalti a regia". En nuestro Derecho sólo se contempla este sistema cuando las obras se ejecutan directamente por la Administración. El artículo 191 RCE dice -- que se puede contratar con el colaborador "mediante sistema de coste y costas fijado con arreglo al artículo 67, y con derecho del colaborador a una percepción económica determinada que, en ningún caso será superior al 5 por 100 del total de aquélla". La expresión "coste y costas" no se encuentra en el Derecho precedente y pudiera ser traducción de la que se usa en el Derecho anglosajón para un sistema análogo (cost plus fee). Realmente bastaría la referencia a los costes y al beneficio, distinguiendo dentro de los primeros los directos (mano de obra, materiales, amortización de maquinaria, etc.) y los indirectos (instalación de

oficinas, edificaciones de almacenes, talleres, laboratorios, etc.) de acuerdo con el artículo 67 RCE.

III.- PRECIO UNITARIO Y PRECIO ALZADO EN EL DERECHO VIGENTE.-

El Derecho vigente no ha modificado el sistema aplicado bajo la vigencia del Pliego de 1903 para la determinación del precio, combinándose los precios unitarios con la existencia de un presupuesto para toda la obra. Debemos, pues, estudiar a continuación cómo se forman am bas magnitudes y cómo se aplican.

1. La formación de los precios unitarios.- La Administración ha de confeccionar un cuadro de precios para las distintas unidades que componen la obra. El contenido de estos precios se determina en la cláu sub 51 PCAG, cuando dice que "todos los trabajos, medios auxiliares y materiales que sean necesarios para la correcta ejecución y acabado de cualquier unidad de obra, se considerarán incluidos en el precio de la misma, aunque figuren todos ellos especificados en la descomposición o descripción de los precios". Igualmente y según la cláusula citada, tam bién se consideran incluidos en los precios unitarios, cuando no figuren especialmente valorados en unidades de obra o en partidas alzadas, to-- dos los gastos que por su concepto sean asimilables a cualesquiera de - los que, bajo el título genérico de costes indirectos, se mencionan en el artículo 67 RCE, al que enseguida nos referimos.

Para calcular cada precio unitario, el artículo 67 RCE establece la distinción entre costes directos e indirectos de la ejecución de cada unidad. Se consideran costes directos: a) la mano de obra, con sus pluses y cargas y seguros sociales, que intervienen directamente en la ejecución de la unidad de obra; b) los materiales, a los precios re- sultantes a pié de obra, que quedan integrados en la unidad de que se

trate o que sean necesarios para su ejecución; c) los gastos de personal combustible, energía, etc. que tengan lugar por el accionamiento o funcionamiento de la maquinaria e instalaciones utilizadas en la ejecución de la unidad de obra; d) los gastos de amortización y conservación de la maquinaria e instalaciones anteriormente citadas.

Según el mismo artículo se consideran costes indirectos los gastos de instalaciones, oficinas a pié de obra, comunicaciones, edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obreros, laboratorios, etc., los del personal técnico administrativo adscrito exclusivamente a la obra y los imprevistos. Todos estos gastos excepto aquellos que luzcan en el presupuesto valorados en unidades de obra o en --partidas alzadas, se cifran en un porcentaje de los costes directos igual para todas las unidades de obra, que adopta en cada caso el técnico autor del proyecto a la vista de la naturaleza de la obra proyectada, de la importancia de su presupuesto y de su posible plazo de ejecución -- (9).

Junto a los precios unitarios pueden existir partidas alzadas que según la cláusula 55 PCAG pueden ser de dos clases: a justificar, -- cuando son susceptibles de ser medidas en todas sus partes en unidades de obras con precios unitarios; y de abono íntegro, si se refieren a -- trabajos cuya especificación figura en los documentos contractuales del proyecto y no son susceptibles de medición según el pliego de prescripciones técnicas particulares.

Establecido el precio de cada unidad de obra se aplica a su medición recogida en los llamados "estados de cubicaciones o mediciones" (artículos 22, A), 4 LCE y 63 A) 4 RCE), y al multiplicar ambos -- factores se establece el que podríamos llamar presupuesto específico de cada unidad de obra.

El precio unitario es, rigurosamente, un precio alzado "a -- forfait", porque es invariable y se refiere a una medición que también es una magnitud fija, aunque admita un margen de variación del diez por ciento (cláusula 62 PCAG). Este carácter alzado del precio se -- transmite, como es lógico, al presupuesto general, pues éste no es más que la suma de los presupuestos especiales de las distintas unidades -- de obra.

Los precios unitarios no pueden considerarse como simples -- factores con los que ha operado la Administración para la formación del presupuesto, sin que trasciendan al contrato. Estos precios son con-- tractuales y obligatorios, como dice el artículo 82 RCE, ya que sólo -- con ellos se puede valorar la obra para después pagar al contratista. El Consejo de Estado los ha llegado a considerar, por ello, como "cláu-- sula sobresaliente del precio" (Dictamen de 10 de noviembre de 1951). Por otra parte, la determinación analítica del precio de las unidades de obras permite su aplicación durante la ejecución de la obra haciendo posible el régimen en pagos a buena cuenta que luego será estudiado.

Ahora bien, estos precios unitarios se integran en un presu-- puesto total de la obra, cuya formación y aplicación vamos a ver segui-- damente.

2. Formación del presupuesto general..- Determinado el presu-- puesto de cada unidad de obra mediante la multiplicación del precio uni-- tario por la medición y establecidas también las partidas alzadas, se -- forma el presupuesto denominado de ejecución material, que el artículo 68 RCE define como "el resultado obtenido por la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario y de las parti-- das alzadas".

A continuación se establece el presupuesto de ejecución por contrata, incrementando el de ejecución material con los gastos generales de estructura que inciden en el contrato y que el mismo artículo - 68 RCE cifra en los siguientes porcentajes: a) del 16 al 20 por ciento a fijar por cada Departamento ministerial, a la vista de las circuns--tancias concurrentes, en concepto de gastos generales de la empresa, - gastos financieros, cargas fiscales, tasas de la Administración legal--mente establecidas, que inciden sobre el coste de las obras y demás de--rivados de las obligaciones del contrato y b) el 6 por ciento en concep--to de beneficio industrial del contratista. Estos porcentajes pueden --ser modificados con carácter general por acuerdo del Gobierno cuando por variación de los supuestos actuales, se considere necesario.

Todavía hay que dar un paso más para llegar a la cifra que - definitivamente cuantifica el precio del contrato. Efectivamente, sobre la base del presupuesto de contrata, elaborado por la Administración y a invitación de ésta, el contratista puede formular una proposición económica mediante la fijación de una cifra única que puede coincidir con la del presupuesto de contrata (oferta al tipo), o ser inferior a él si la licitación es por subasta o concurso subasta (artículo 105 RCE). Si se trata de un concurso, el contratista sigue el mismo procedimiento que la Administración para fijar la cifra de presupuesto tipo, la cual pue--de ser más de una si se ofrecen otras soluciones o alternativas (artícu--los 36 LCE y 115 RCE). En la contratación directa no hay verdadera li--citación y la Administración ha de negociar el precio del contrato so--bre la base del presupuesto de contrata, cuya cifra no puede ser superada por la del precio que, en definitiva, se acuerde (artículos 37 LCE y 118 RCE).

Por tanto, la cifra que se establezca definitivamente entre -

la Administración y el contratista de la forma que se acaba de indicar, será la que determine la cuantía del precio, que podrá ser calificado entonces de alzado, tanto porque los componentes del mismo (precios -- unitarios) también lo son, como por ser tope o límite máximo que la Administración se obliga a pagar por la obra, aparte de que como veremos más adelante este modo de fijación del precio es el que posibilita el control administrativo del gasto.

A veces se ha intentado oponer el precio unitario y al precio total, para afirmar respecto de uno u otro que son el verdadero precio del contrato. El Consejo de Estado (10) ha dictaminado que "en los contratos de obras públicas, el precio de adjudicación no se forma mediante la adición de los precios parciales de las distintas unidades de obra, sino que constituye un precio alzado por el que el contratista se obliga a ejecutar el conjunto de la obra, aunque luego se descomponga "per relationem" en precios de unidades de obra". También el Tribunal Supremo (11) en el mismo caso contemplado en el citado Dictamen del Consejo de Estado sienta la doctrina de que "la cifra de licitación, no la de las unidades de obra a realizar, es la que cobra una significación jurí dica, tanto por tratarse de la cantidad por la que se autoriza el gasto, de manera que sin una ~~p~~revia modificación del presupuesto la Administración no puede contratar la obra a un precio superior, por lo que esta - cantidad presupuestada constituye el precio máximo que la Administración puede abonar.

Por nuestra parte entendemos que el precio unitario y el precio total no son dos magnitudes comparables, como si fueran independientes, puesto que una es parte de la otra. El precio de adjudicación es - ciertamente el precio alzado del contrato, pero lo es tanto porque es límite de la obligación económica de la Administración como porque sus ele

mentos componentes (precios unitarios) también son alzados o cerrados. No nos parece por ello atinada la afirmación que hace el Consejo de Estado de que el precio de adjudicación no se forma mediante la adición de los precios parciales, pues ello es desconocer la existencia del citado artículo 68 RCE, en el que se establece que el presupuesto de adjudicación material se obtiene mediante la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario, y por lo mismo tampoco es acertada, a nuestro juicio, la afirmación que hace el Tribunal Supremo en la sentencia que se acaba de citar, de que solamente el presupuesto de adjudicación tenga significación jurídica. Es indudable que también tienen relevancia jurídica los precios unitarios integrados en un cuadro - que, como ya vimos anteriormente, tiene naturaleza contractual y obligatoria (artículo 82 RCE), y que como elemento económico y jurídico sirven para abonar, primero provisionalmente o a buena cuenta, y después definitivamente, la obra ejecutada. Por ello, cuando los artículos 47 LCE y 142 RCE dicen que el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, este precio tanto es el que se determina de forma sintética mediante la cifra del presupuesto de adjudicación como los precios unitarios que se integran en él para -- valorar y poder pagar todas y cada una de las unidades de obra realizadas.

Ahora bien, que el presupuesto general de la obra por el que se le adjudica al contratista, constituya un precio alzado o forfait, no significa su inmodificabilidad ni que tampoco esté exento de una cierta relatividad. Precisamente como los estados de cubicaciones o mediciones no son exactos (la cláusula 62 PCAG admite un margen de variación -- del 10 por 100), el precio que al final se pague al contratista raramente coincidirá con la cifra inicialmente presupuestada. Pero además, el - precio alzado está sujeto a posibles variaciones derivadas de las modifi

caciones que en el proyecto se introduzcan como consecuencia del ejercicio del "ius variandi". En este aspecto, la cifra del presupuesto constituye un elemento indispensable de referencia para poder comprobar -- cuando se rebasan los límites porcentuales establecidos que exoneran al contratista de la obligación de realizar más o menos obra (artículos 52 LCE y 157 RCE). Con todo, esta variabilidad del precio del contrato resulta siempre excepcional puesto que se parte de una determinación de -- unidades de obra que no se pueden alterar sino dentro de unos límites y con sujeción a unos requisitos formales que ya fueron estudiados. De -- aquí también que el artículo 79 RCE sólo admite de forma muy especial la existencia de obras sin una determinación cuantitativa en el -- proyecto, pues sólo para aquellas unidades de obra cuyo número -- exacto no puede establecerse en el correspondiente proyecto, podrá acordarse que además del gasto que estrictamente sea necesario según el presupuesto, se establezca una provisión destinada a sufragar el mayor importe que puedan suponer tales unidades de obra. En estos casos debe -- consignarse la oportuna cláusula contractual en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, por la cual queda obligado el contratista a la realización de este mayor número de unidades de obra, de resultar necesario, bajo idénticas bases, por todos los conceptos, que las estipuladas para las inicialmente contratadas. Consecuentemente, la utilización de esta provisión no tiene, a ningún efecto, el -- carácter de modificación del contrato, aunque dé lugar a un aumento de plazo (artículo 151 RCE).

IV.- PRECIO Y CONSIGNACION PRESUPUESTARIA.-

1. Necesidad de consignación presupuestaria.- "Las Administraciones públicas --dice el artículo 133, párrafo 4 de la Constitución de 1978-- sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos,

de acuerdo con las leyes". Precepto constitucional que se cumple imponiendo a la Administración la obligación de sujetarse a las previsiones -- presupuestarias que permitan cumplir el compromiso de gasto que necesariamente implican ciertos contratos como sucede en el c.o.p.

La vigente L.G.P. enuncia positiva y negativamente este principio de interdependencia entre gastos público y las obligaciones que generan pagos. Positivamente el artículo 43 LGP dice que "las obligaciones de pago sólo son exigibles de la Hacienda Pública cuando resulten de la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones de Tesorería legalmente autorizadas". También de manera análoga el artículo 676 LRL obliga en relación con la Administración Local, a que en el estado de gastos se comprendan las cantidades precisas para "cumplir los pactos y compromisos que las Entidades contraigan con el Estado o con otras Entidades y, en general, cuantos gastos venga obligada a sufragar durante el ejercicio, derivados de disposiciones legales, resoluciones judiciales, contratos o - - cualquier otro título legítimo". Y negativamente se formula esta necesidad de sujetar el pago a su previsión presupuestaria, cuando se establece la sanción de nulidad más radical, esto es, la de pleno derecho. El artículo 60 LGP dice que "los créditos autorizados en el estado de gastos de los presupuestos tienen carácter limitativo y, por tanto, no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior a su importe, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la Ley que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar"⁽¹²⁾ También el artículo 709 LRL dice que "serán nulos los acuerdos - de las Corporaciones y resoluciones de Autoridades municipales y provinciales: a) que habiliten gastos que no tengan crédito suficiente para

satisfacerlos ...".

Dentro de la regulación específica del c.o.p. la exigencia de la previa consignación presupuestaria está establecida en el artículo 19 RCE como una condición del ejercicio de la facultad para celebrar - contratos, reconocida a los Jefes de los Departamentos Ministeriales. De aquí que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se tenga que dejar constancia expresa de la existencia de los créditos pre cisos para atender las obligaciones económicas que se deriven para la - Administración por el cumplimiento del contrato, o mención de que se -- trata de los casos en que, conforme al artículo 88 RCE, hasta que no se conoce la oferta seleccionada, no se proceda a la contracción del crédi to preciso, a la fiscalización del gasto correspondiente y a su aproba ción (artículo 82 RCE, párrafo 3). Esos casos son concretamente los pre vistos en el artículo 113 RCE, para poder contratar por concurso cuando no es posible fijar previamente el presupuesto definitivo, o la Adminis tración tampoco ha podido establecer previamente los proyectos y pres cripciones técnicas para la ejecución de las obras o, en fin, cuando el proyeco aprobado por la Administración es susceptible de ser mejorado por otras soluciones técnicas a proponer por los licitadores.

Mas no basta esa constancia en el pliego sobre la existencia - del crédito. En el expediente de contratación, junto con el pliego, se ha de incorporar un certificado expedido por la Oficina de contabilidad competente que acredite la existencia del crédito presupuestario,

Dentro de la Administración Local también constituye requisito fundamental la consignación presupuestaria del crédito con cargo al cual se paga el precio de la obra. El artículo 25 RCCL dice en su apartado - 2 que "cuando el contrato haya de obligar a la Administración al pago de alguna cantidad, no se podrá anunciar la licitación mientras no existiese

crédito suficiente en el Presupuesto".

2. Consecuencias de la falta de consignación presupuestaria.-

El artículo 60 LGP establece la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y las disposiciones generales de rango inferior a la Ley si mediante ellos se aduieren compromisos de gastos superiores a los créditos autorizados; y también habla de nulidad el artículo 709 LRL.

La nulidad de pleno derecho es la forma más rigurosa de ineficacia de un acto administrativo, pues el acto nulo no puede ser convalidado, no prescribe la acción para impugnarlo, y el vicio de nulidad se propaga a los actos que son consecuencia del mismo.

También el artículo 41, c) RCE sanciona con la nulidad de pleno derecho "las adjudicaciones de contratos que carezcan de consignación presupuestaria o extrapresupuestaria debidamente aprobada". Apreciada la nulidad de una adjudicación por este motivo, se produce también la nulidad del contrato nacido de ella, pues el artículo 40 RCE dice -- que "los contratos regulados en el presente Libro serán inválidos cuando lo sean los actos administrativos que les sirvan de soporte o alguno de ellos, o cuando la invalidez derive de su propio clausulado" (13).

En cuanto al tiempo para declarar la nulidad de pleno derecho, ya hemos indicado que no está sujeta la acción a prescripción ("quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere"). Por lo -- que el artículo 109 LPA dice que "la Administración podrá, en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47"; es decir, los actos nulos de pleno derecho. Por su parte, el artículo 42 RCE determina a quién corresponde adoptar el -- acuerdo de nulidad cuando se trata de un contrato administrativo, - ---

diciendo que "la nulidad de pleno derecho se acordará de oficio o a instancia de parte interesada. El acuerdo de nulidad compete al Jefe del - Departamento que haya aprobado el contrato, previo Dictamen favorable - del Consejo de Estado y mediante Orden ministerial publicada en el Boletín Oficial del Estado. Si el Consejo de Ministros hubiese autorizado - el contrato, deberá también autorizar al Jefe del Departamento competente para que proceda a su anulación".

La nulidad de pleno derecho plantea cuestiones prácticas im--portantes cuando el c.o.p. está en ejecución o incluso consumado. Hay - que determinar entonces, no los efectos del contrato nulo, porque "quod nullum est nullum producit effectum", sino los efectos o consecuencias que tiene para las partes la declaración de nulidad y especialmente para el contratista, que de buena fe celebró el contrato, al que no se le -- puede privar de la remuneración de su trabajo.

Conforme a las normas civiles la declaración de nulidad del - contrato tiene efectos retroactivos (ex tunc), pues "los contratantes - deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido material - del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses" (art. 1303CC) Se procura así el restablecimiento de la situación previa al contrato.

Sin embargo, la regla de la retroactividad no cabe aplicarla al c.o.p., pues al incorporarse la obra al inmueble sobre el que se construye, no es posible separarla sin destruirla. Surge entonces un conflicto de intereses; por un lado el interés público reclama la declaración de nulidad del contrato como sanción rigurosa de la falta de un requisiito reputado esencial como es el de la consignación presupuestaria; pero, por otro lado debe tenerse en cuenta el interés del contratista que ha ejecutado un trabajo de buena fe y al que, por tanto, no se le puede --

privar del precio convenido.

La jurisprudencia aborda con frecuencia este problema, que -- resuelve aplicando la doctrina del enriquecimiento sin causa (14), -- pues se considera que se produce un empobrecimiento del contratista, -- que no percibe el precio, correlativo al enriquecimiento de la Administración, que se queda con la obra sin ningún título válido que autorice o legitime ese desplazamiento patrimonial. Además, suele invocar simultáneamente el principio de no ser válida la alegación del vicio propio de nulidad para eximirse del pago de la obra (*allegans propriam turpitudinem non auditor*) en base a los artículos 1302 CC y 115 LPA. E incluso se observa, en alguna sentencia reciente, que prevalecen las consideraciones de estricta justicia sobre la apreciación de una nulidad absoluta que implícitamente se cuestiona. Así, la sentencia de 24 de marzo de 1981 dice en su primer considerando:

"Que la pretensión de la entidad recurrente de que se declare se la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Comisión -- Municipal Ejecutiva, por el que se le adjudicó la obra realizada en base a la falta de consignación presupuestaria, y -- que, en consecuencia procede que se condene al Ayuntamiento de Barcelona al pago del importe de la obra realizada en concepto de indemnización de daños y perjuicios, por haber -- incurrido en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, según se determina en el art. 92 del Regl. de Contratación de las Corporaciones Locales, carece -- de fundamento como se ha expuesto, por haberse llevado a cabo y ejecutado en su totalidad la obra pública concertada, sin haberse declarado previamente la nulidad del acuerdo de adjudicación, ni alegado la improcedencia del Proyecto de Urbanización de la que trae causa la realización de dicha obra; -- siendo indiferente a efectos del derecho del recurrente, la existencia de unas reclamaciones del Ayuntamiento contra los propietarios en vía económico-administrativa en relación con el pago de las Contribuciones Especiales impuestas para el -- pago de la obra; ya que la posible improcedencia de esa exacción no puede ser obstáculo al ejercicio de ese derecho que

dimana de un contrato no anulado por la Administración, que se perfeccionó por el consentimiento de las partes y se ejecutó en cuanto a la obligación correspondiente al contratista, que por estar vinculado por una relación jurídica bilateral generó la exigencia de que por parte de la Corporación Municipal se proceda al pago de su importe con los intereses legales al 4% a partir de la fecha del libramiento de las -- certificaciones expedidas y halladas conformes por aquélla, ya que a partir de esa fecha se devenga el derecho al crédito en las mismas consignado".

Parece, pues, que lo que importa es que la obra fue realizada y que la Administración no anuló el contrato. Pese a que, por lo dicho más arriba, no pueden ser consideradas esas conductas como actos de convalidación tácita. Pero lo cierto es que se confinan los efectos de la nulidad absoluta al puro aspecto interno de la Administración, sin que trascienda a la relación contractual al menos en lo que se refiere a la obligación de pagar el precio. La sentencia apelada que confirma la que comentamos llega a decir a este respecto que la nulidad de los acuerdos de las Corporaciones, que habiliten gastos que no tengan crédito suficiente para satisfacerlos (artículo 709 LRL) "no les faculta al incumplimiento de la obligación básica y causal que representa el pago del -- precio de la obra contratada".

Por último, otras veces, la jurisprudencia soslaya el tema de la nulidad, apreciando únicamente el incumplimiento contractual de la -- Administración. Esto puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo -- de 22 de mayo de 1976, que contempla el caso de un Ayuntamiento, que como dice la propia sentencia, se lanzó a una promoción de viviendas care-- ciendo de los recursos financieros que exige el artículo 25 núm. 2 RCCL. Esta carencia de recursos financieros impidió a la Corporación pagar al contratista durante muchos meses hasta el punto de ocasionarle su agota-- miento financiero y hacer imposible la continuación de las obras. Pues

bien, la valoración de esta conducta de la Administración la hace la -- Administración bajo el prisma del incumplimiento contractual y no de la nulidad del contrato. Así se indica en los considerandos 5º y 6º, que -- transcribimos:

"CD0.: Que, en su virtud, el incumplimiento contractual como actuación antijurídica sólo debe imputarse a la Corporación, sin que, dentro de la común voluntad de las partes de resolver el contrato resulten operantes las tentativas de desplazar causalmente aquella imputación del consiguiente enriquecimiento injusto que ello provocaría a favor del Ayuntamiento, siendo aspecto relevante de las susodichas tentativas la exigencia hecha a la Sociedad hoy recurrente de fianza hipotecaria, cuando era la Corporación quien no pagaba las certificaciones de obra realizada y tenía conocimiento de -- que la Sociedad constructora no poseía bienes inmuebles, con dicción de titularidad tabular a la que el art. 86 en relación con el 165-5º de la L.H. (R. 1946, 342, 886 y N. Dicc. 18732), supedita el uso por la Administración contratante de la facultad de imponer tal clase de fianza complementaria".

"CD0.: Que en las referidas circunstancias, al declarar los - actos impugnados la rescisión del contrato y decretar contra el contratista -con sus derivadas-, las medidas del art. 97 en relación con los 65 y 67 del Reglamento de Contrataciones, aplicó indebidamente los citados preceptos vulnerando también aquellos actos el artículo 66-1 del mismo Reglamento en cuanto que, a su tenor, y de conformidad con las conclusiones an teriormente establecidas, el acuerdo procedente era el de re solver el contrato pero por incumplimiento de la Corporación; lo que a la vez que obliga a estimar el recurso y anular los impugnados actos a tenor de los arts. 83-2 y 84-a) de la Ley jurisdiccional, induce a declarar resuelto el contrato por in cumplimiento del órgano municipal, estimándose así en su esen cia la correspondiente pretensión de la demanda, conforme al art. 84-b) de dicha Ley reguladora de la jurisdicción".

V.- EL ERROR EN LA DETERMINACION DEL PRECIO.-

La Administración debe realizar numerosos y complicados estu-

dios, cálculos, operaciones aritméticas, etc., con la finalidad de valorar la obra proyectada y poder fijar su precio en dinero. El resultado de esta actividad se plasma en el documento del proyecto denominado presupuesto "integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios descompuestos, estados de cubicaciones o mediciones y los detalles precisos para su valoración (artículos 22 LCE y 63 RCE).

Por su parte el contratista también debe efectuar sus propios cálculos antes de decidirse por aceptar el precio establecido por la -- Administración.

Una y otra parte se encuentran pues expuestas a errores al -- formar su propia voluntad o al manifestarla, si bien no les afecta por igual, pues es la Administración quien primero estudia y fija el precio, y sólo después el contratista puede efectuar sus comprobaciones manifestando o no su conformidad con la propuesta de la Administración. Esto -- es propio del carácter de contrato de adhesión que normalmente tiene el c.o.p., lo que también determina que el error que padezca la parte que prepara el contrato, --la Administración en nuestro caso--, induzca también a error a la que ha de limitarse prácticamente a aceptarlo, esto -- es, al contratista.

Antes de entrar en el estudio del error en la determinación -- del precio, es conveniente que precisemos algunos conceptos o ideas básicas tomadas de la teoría general del negocio jurídico.

1. Error vicio y error obstativo.-- La doctrina civil distingue entre el error que determina la voluntad y el error que afecta a su declaración o manifestación. En el primer caso se habla de error vicio o sobre el contenido del negocio (error in cogitandum) y en el segundo

caso de error, en la declaración o error obstativo (error in faciendo). DE CASTRO (15) dice que "el error relevante como vicio del negocio -- consiste en la creencia inexacta respecto de algún dato que se ha de valorar como un motivo principal del negocio, según y conforme resulte de la conducta negocial de las partes en las concretas circunstancias del negocio. Se requiere una disconformidad entre lo que se considera pre-- supuesto del negocio (p. ej. lo que se debe dar o hacer) y el resultado que ofrece la realidad (lo dado o lo hecho)". A este llamado error vicio se refiere el artículo 1266 CC al decir que "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fue-- ra objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que prin-- cipalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo da lugar a su corrección". Por consiguiente, no todo error que afecte a los elemen-- tos del contrato tiene transcendencia jurídica, pues el error debe ser relevante o como dice el citado artículo 1266 CC que recaiga "sobre aquéllas condiciones de la misma (la cosa) que hubieren dado motivo a cele-- brarlo". La relevancia o irrelevancia del error sólo puede decidirse -- examinando el conflicto de intereses entre las partes. DIEZ-PICAZO (16) dice que deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias: la prime-- ra es la responsabilidad que al que haya sufrido la equivocación debe - imputársele respecto de ella (excusabilidad o inexcusabilidad del error); la segunda es el carácter básico o no del elemento sobre el que recae - el error; y la tercera circunstancia a examinar es la situación del contratante contrario de quien padece el error para ver si el error es común o estuvo exento de él.

El error en la declaración o error obstativo consiste en una discrepancia entre lo declarado y lo que se ha querido realmente mani--

festar; discrepancia que como dice DE CASTRO (17) es no conocida y no querida, distinguiéndose así de la reserva mental, la simulación y la declaración falsa. Quien padece el error quiso hacer una determinada -- declaración pero empleó unos signos que no respondían a su verdadera -- voluntad o los utilizó en otro sentido. Los ejemplos más típicos de este tipo de error son los "lapsus" en que se incurre al hablar ("lapsus linguae") o al escribir ("lapsus calami") o al elegir el medio de expresión sea otra persona o un instrumento. El CC no regula este tipo de -- error negocial, pero sobre el mismo pueden hacerse consideraciones análogas a las del error vicio en cuanto a su importancia o relevancia, -- apreciación de los intereses en juego y responsabilidad de quien lo padece. DE CASTRO (18) dice que "quien actúa negocialmente ha de responsabilizarse por sus actos; de aquí que la declaración defectuosa puede producir los mismos efectos que la no errónea, si quien declara no ha -- procedido con la debida corrección y diligencia. Las que habrán de medirse con arreglo a las relaciones existentes entre los interesados a los usos y al buen sentido. Esta responsabilidad puede traducirse en indemnización de daños, en el llamado interés negativo (lo necesario para que quede todo como si no hubieran existido tratos) si se llega a la nulidad del negocio, o en que se entienda creada la relación negocial, como si la declaración no hubiese estado viciada".

Hechas pues estas precisiones veamos seguidamente como uno u otro tipo de error pueden afectar a la Administración y al contratista en los procesos de cálculo que conducen a fijar el precio.

2. Errores conceptuales de la Administración y del contratista. -- La Administración puede padecer un error vicio, si al valorar la obra maneja equivocadamente datos que se apartan de la realidad por no tener en cuenta la verdadera calidad o cantidad de sus unidades y ele--

mentos componentes, o ambas cosas a la vez. ARIÑO ORTIZ (19) utiliza - la denominación apropiada de errores conceptuales o técnicos sobre los datos o circunstancias de la obra, señalando como ejemplos "tomar como unidad en el cálculo de los precios de excavación de un tunel el metro cúbico, cuando el precio que figura en el proyecto está referido a metros lineales (que suponen varios metros cúbicos); error al calcular el presupuesto, en la valoración de algún elemento (transporte, excavación, cantería); errores en cuanto a las calidades de los que figuren en las condiciones facultativas; calcular erróneamente el volumen de obra por un mal entendimiento de los planos, etc. Todos ellos dan lugar a error en la cantidad, calidad y precios, con la consiguiente repercusión en los presupuestos y en las cifras de licitación; pueden llegar a constituir para el contratista o para la Administración -o para ambos- un verdadero "error in substantia".

Las consecuencias del error de la Administración no están reguladas en la LCE y RCE, por lo que hay que acudir a las normas del CC y jurisprudencia que lo interpreta. Así pues, en principio sólo el error sustancial sobre los elementos del precio que hubiesen dado motivo a celebrar el contrato puede considerarse como vicio de la voluntad capaz - de anular el contrato, en cuyo caso debe tenerse en cuenta el artículo 49 RCE que dispone que "la invalidez de los contratos por causas reconocidas en el Derecho Civil se sujetará a los requisitos y los plazos establecidos en este ordenamiento, pero el procedimiento para hacerlos valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos administrativos anulables", es decir, previa declaración de lesividad y posterior impugnación en la Jurisdicción contencioso administrativa (artículo 46 RCE).

El problema que puede plantearse es el del error compartido,

o mejor, inducido por la Administración en el contratista que ha aceptado o dado por buenos sus cálculos equivocados. La declaración de nuli--dad puede tener entonces el obstáculo del artículo 1302 CC que niega la acción de nulidad a los que produjeron el error. La Administración no --tendrá entonces otra salida para obtener la ineficacia del contrato que la del desistimiento (artículo 162 RCE), con la obligación de indemni--zar al contratista, lo que será siempre justo porque la comisión de un error sustancial supondrá una grave negligencia en la Administración que dispone de técnicos para evitarlos.

Por ello, será más frecuente que los errores que pueda cometer la Administración sean de carácter accidental sin que le permitan el --ejercicio de la acción de nulidad. El único problema que podrá plantear--se será el de la posibilidad o no de subsanación del error con la consi--guiente modificación del precio. Una sentencia reciente contempla un caso de error conceptual padecido por la Administración que quiso, poste--riormente, modificar el precio con perjuicio para el contratista. Es la STS de 22 de junio de 1979, que contempla un caso análogo de otra anti--gua, de 27 de diciembre de 1912 (20), cuya doctrina acoge plenamente.- El error estudiado en aquélla lo había cometido la Administración (Mi--nisterio del Aire) al fijar para una unidad de encofrado de hormigón, la medición en metros lineales en lugar de metros cúbicos. La sentencia dice, en su 7º considerando, lo siguiente:

"CD0.: Que en el supuesto que nos ocupa, lo que ocurre es que de haber habido error, este no podría ser más que de cálculo, en cuanto éste sirvió para que el licitador conociera de antemano respecto a esta parte de la obra a contratar, que su --precio venía fijado por metros cuadrados, con la consiguiente repercusión en el presupuesto de esa partida, y con él, - en el presupuesto total; contando con esto el accionante para llegar a hacer una proposición que representaba una baja de un 21,50; habiendo declarado el Supremo en un caso análogo -

que el cuadro de precios con sujeción al cual fue subastada la obra constituye uno de los elementos que contribuyeron a fijar el tipo de licitación, influyó en las diferentes proposiciones presentadas y produjo el contrato celebrado con el adjudicatario de la más ventajosa; señalando que la sustitución de la unidad metro lineal por la de metro cúbico - para el pago del precio del transporte, implica, por tanto, una importante disminución del ofrecido por el Estado y aceptado por el contratista; para terminar con la apostilla que este error no es una de las equivocaciones materiales a que se refiere el art. 43 del Pliego de Condiciones -S 27 diciembre 1912-; doctrina ya proclamada en la S. de 23 noviembre - 1909 y con la que coincide el Consejo de Estado, en su dictamen de 28 de junio 1959."

Como vemos, la sentencia resuelve el caso haciendo prevalecer la inalterabilidad del precio por no ser un error material sino de concepto. Aunque la sentencia no sea muy explícita (tampoco la que cita de 27 de diciembre de 1912) es fácil deducir que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta la inexcusabilidad del error debido a la Administración que - se hacia así responsable de sus consecuencias y también aprecia la posición del contratista ajeno a la comisión del error y al que, sin embargo, se le querían imponer sus consecuencias perjudiciales.

El contratista tampoco está exento de cometer errores conceptuales al efectuar su estudio del proyecto y más concretamente del presupuesto. Difícilmente puede cometer un error sustancial dada su pericia profesional. En la práctica lo que ocurre es que se pretende alegar error en el precio ofrecido como simple equivocación en el cálculo del coste real de la obra que posteriormente le causa un perjuicio económico. La STS 6 noviembre 1981 en un caso de alegación de error en la proposición económica declara lo siguiente:

"CDO.; Que en cuanto al pretendido error sufrido por el actor al presentar su proposición económica, tal error no fue ale-

gado -como dice la parte demandada- ni en la apertura de plicas ni en la adjudicación provisional ni en el período sub-siguiente hasta la adjudicación definitiva ni en la solemnización de la escritura pública; debiéndose además señalar, que, aparte de esta falta de alegación y de prueba, no debe ignorar el recurrente, en cuanto al por él llamado desequilibrio económico, de la relación contractual, que para que el error pueda invalidar la declaración de voluntad es necesario que sea esencial, no siéndolo el error en la cantidad, el cual, de existir, sería aquí accidental".

Por consiguiente, más común será que el contratista yerre en algún cálculo o estudio sobre algún elemento o parte de la obra que, - por ello, será accidental sin que pueda plantear una cuestión de nuli--dad del contrato. El problema será también aquí el de la modificación del precio por subsanación del error. La solución viene dada al igual - que en el caso de la Administración, aplicando el principio de respon-sabilidad derivado de la propia negligencia inexcusable. El artículo --43 del Pliego de 1903 ya decía que "el contratista no podrá reclamar, - bajo ningún pretexto de error u omisión, aumento en los precios fijados en el cuadro correspondiente del presupuesto" y ni siquiera aunque fue-se un error inducido por la Administración, pues se añadía que "tampoco se le admitirá reclamación de ninguna especie fundada en indicaciones - que, sobre las obras, sus precios y demás circunstancias del proyecto, se hagan en la Memoria, por no ser ésta documento que sirva de base a - la contrata". En un supuesto de alegación de error en el contratista inducido por la Administración, no se tomó en consideración por el Tri-bunal Supremo "porque si la apreciación del error, tan variable en los distintos casos, nunca debe tener lugar, como dice la sentencia de este Tribunal de 28 de enero de 1969 cuando el alegado sea "inexplicable" en persona con capacidad para contratar y menos aun si puede ser evitado - con "regular diligencia", claro es que en el presente caso, en que la - contrata es una empresa constructora, ~~de~~ tal magnitud y preparación ..."

(STS 17 enero 1974). Se trata, pues, de una cuestión de diligencia y -- responsabilidad (spondet peritiam artis) y no de riesgo y ventura como entiende ARIÑO ORTIZ (21). El principio del riesgo y ventura, como ya dijimos más arriba, hace referencia a riesgos sobrevenidos en el área -- interna del contrato (mayor dificultad de ejecución) o externa (varia-- ción de precio). En cambio el error vicio de la voluntad hace referen-- cia a falsas representaciones tenidas en el momento de contratar aunque sus consecuencias perniciosas se descubran y manifiesten después. El -- riesgo del error ya se tiene en el momento de estudiar cada parte, la obra y su precio y si ha de soportarse no es por la necesidad de mante-- ner invariable el vínculo (contractus lex) sino porque cada parte debe ser responsable de su negligencia medida con criterios especiales por -- la naturaleza y posición de cada una en el contrato.

3. Errores de expresión o manifestación.-- También se puede -- hablar de errores materiales para designar aquellas equivocaciones come-- tidas principalmente por la Administración al redactar el presupuesto de la obra, pues el único error de este tipo que puede cometer el contra-- tista se ha de referir a su proposición económica expresada en una cifra en número y letra.

Aquí no se trata de falsas o equivocadas representaciones o -- concepciones de la realidad, sino de simples errores al expresar en los documentos los cálculos realizados previamente. Los casos de error pue-- den ser muy variados dada la complejidad en la documentación técnica de un proyecto. No obstante, se da carácter relevante a aquéllos que se -- cometen al manejar los datos de los planos, cuadros de precios y presu-- puesto propiamente dicho. El artículo 43 del Pliego de 1903 se refería a "las equivocaciones materiales que el presupuesto pueda contener ya por variación de los precios respecto de los del cuadro ya por errores --

en las cantidades de obra o en su importe". El artículo 158 RCE no -- ejemplifica y habla de errores materiales sin más. Dice este artículo -- que "los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupues-- to elaborado por la Administración no anularán el contrato, sino en cuan-- to sean denunciados por cualquiera de las partes dentro de dos meses computados a partir de la fecha del acta de comprobación del replanteo y -- afecten, además, al importe del presupuesto de la obra, al menos en un -- 20 por 100. Caso contrario los errores materiales sólo darán lugar a su rectificación, pero manteniéndose invariable la baja proporcional resul-- tante de la adjudicación". Por consiguiente, el error material sólo es -- causa de nulidad del contrato cuando afecta sustancialmente al precio, -- cuya apreciación se facilita mediante la determinación de un porcentaje y se aplica la técnica de la rescisión por lesión del quinto. También -- aquí se ha querido ver una especialidad administrativa del c.o.p. acu-- diendo a la idea del interés público como explicativa del mantenimiento del contrato (22). A nuestro juicio, el tratamiento del error en el -- c.o.p. no obedece más que a una razón de pura equidad y se aplica una -- una solución análoga a la que se encuentra en la compraventa civil de -- bienes inmuebles con fijación del precio por unidad de medida o número -- (artículos 1469 y 1470 CC) (23).

Una variante específica del error material es el llamado error de cuenta. Este error también se produce en la declaración y concreta-- mente al operar en el cálculo matemático. La doctrina (24) ha subraya-- do que para que exista un verdadero error aritmético o de cuenta es ne-- cesario que se dé una plena conformidad ante las partes sobre los datos con los que se opera.

No existe una norma dentro de la LCE y RCE que regule los -- efectos del error de cuenta, por lo que tradicionalmente se viene consi-- derando que es de aplicación el artículo 1266, último párrafo CC, según

el cual "el simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección".

El Consejo de Estado ha diferenciado el error de cuenta o aritmético de las llamadas equivocaciones materiales, a las que se refería el artículo 43 del Pliego de 1903 y actualmente el artículo 158 RCE. En uno de sus dictámenes el Consejo de Estado sentó la doctrina de que "el error de suma o aritmético en que se ha incurrido por la reiteración de un sumando en el cálculo del presupuesto cuya rectificación pretende es evidente que no se haya comprendido en las categorías que constituyen el contenido del concepto de equivocaciones materiales del artículo 43 del pliego general; no encaja, en efecto, ni en la equivocación de los precios en relación con los del cuadro, ni en los relativos a las cantidades de obra o a su importe". Y en este mismo Dictamen se hace la remisión al artículo 1266 CC, a falta de un precepto administrativo. (25)

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido también idéntico criterio al tiempo que ha establecido la necesidad en estos casos de error de cuenta de rectificar la baja ofrecida por el contratista una vez subsanado el error.

La sentencia de 18 de enero de 1954 contempla el caso de un error en el presupuesto tipo de una subasta como consecuencia de la duplicación de un mismo sumando. La Administración pretendió mantener, una vez rectificado el error, el mismo porcentaje o coeficiente de baja y -- recurrido el acuerdo por el contratista el Tribunal Supremo dictó sentencia declarando la necesidad de ajustar la baja al presupuesto rectificado. La doctrina que sentó fue la siguiente:

"CDO.: Que la duplicación o reiteración de un mismo sumando -- por dos distintos conceptos, en la fijación del presupuesto de obra y tipo de subasta de élla, no es ni una equivocación

en relación con los precios fijados en el cuadro de ellos, ni un error en la cantidad de obra a ejecutar, ni siquiera error en la determinación del importe, es pura y simplemente como - concordantemente informan la Sección y Asesoría del Ministerio de Obras Públicas, la Sección de Obras Hidráulicas del propio Consejo de Obras Públicas y el mismo Consejo de Estado, un mero error de suma o aritmético.

CDO.: Que operando en la baja del precio a abonar a la sociedad contratista exclusivamente el error aritmético -que no es error de concepto- su tratamiento jurídico, no ha de buscarse como muy bien informa la Asesoría Jurídica del Ministerio de Obras Públicas en los artículos 32 y 43 del Pliego general de las condiciones para la contratación de las obras públicas, ya que estos se refieren a las equivocaciones de concepto en - ellos específicamente enunciados, sino que la subsanación ha de verificarse al no tener módulo especial de rectificación -por ser mero error aritmético- en la forma que preceptúa el párrafo 3º del artículo 1266 del Código Civil ..."

Análoga doctrina se contiene en la sentencia de 21 de octubre de 1958. En este caso se contemplaba un error al multiplicar un determinado número de kilos por metros cúbicos, estando conformes ambas partes en que el multiplicando y el multiplicador eran exactos, pero no - así el resultado. Esta sentencia dice lo siguiente:

"CDO.: Que en el caso de autos, es manifiesto que se está en presencia de un simple error de multiplicación, que no afecta a precios, volumen ni cantidades de obra, puesto que multiplicando y multiplicador son correctos, o sea que se trata de un error aritmético no comprendido en el art. 43 del Pliego - general de 13 de marzo de 1903, por lo que, ante la falta de normación especial, y atendido lo establecido en el art. 16 - del Código Civil ha de aplicársele, como también se declaró en la sentencia de que queda hecho mérito, el párrafo 3º del artículo 1266 del aquél Código, que preceptúa que el simple - error de cuenta sólo dará lugar a su corrección; no pudiendo, por lo demás, pfrecer duda que tal corrección ha de producir las obligadas consecuencias legales y que, consiguientemente, habiéndose fijado o calculado la baja de subasta por comparáción entre el importe del presupuesto, indebidamente umentado a virtud del susodicho error aritmético, y la cantidad --

ofrecida por la adjudicataria, debe rectificarse osimismo la indicada baja, determinándola en relación a la proporción -- entre el precio del remate y el presupuesto después de rectificado".

N O T A S

(1) Cfr. RUBINO Ob. cit. p. 182 y ss.

(2) El CC regula en los artículos 1588 y siguientes el arrendamiento de obra por ajuste o precio alzado y concretamente el artículo 1593 dice que "el arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuanto se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario". Este precepto es -- prácticamente traducción del artículo 1793 del Código Civil francés, el cual dice: "Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrits, et le prix convenu avec le propriétaire".

(3) Citada por G. ARIÑO. Ob. cit. p. 68.

(4) "Est prix forfaitaire tout prix qui rémunère l'entrepreneur pour un ouvrage, une partie d'ouvrage o un ensemble déterminé de prestations défini par le marché et qui, ou bien est mentionné explicitement dans le marché comme étant forfaitaire, ou bien ne -- s'applique dans le marché qu'à un ensemble de prestations qui -- n'est pas de nature a être répété".

(5) "Est prix unitaire tout prix qui n'est pas forfaitaire, au sens défini ci-dessus, notamment tout prix qui s'applique à une nature d'ouvrage ou à un élément d'ouvrage dont les quantités ne sont indiquées dans le marché du'à titre prévisionnel".

(6) "Este sistema sigue paso a paso las operaciones de la construcción de la obra, pagando cada una de ellas por separado a precios consumidos de antemano y en la cuantía en que cada una ha sido ejecutada. Así, el firme de una carretera se pagaba abonando -- separadamente la extracción de la piedra, su transporte, variable con la distancia d la obra, su machaqueo, su extensión o colocación, la plataforma de la vía y, por último, su consolidación y -- demás operaciones hasta dejar el firme en condiciones de tránsito. Las excavaciones para formar la explanación se pagaban a precios distintos según resultasen ser de diversa naturaleza los terrenos excavados, y en los terraplenes se tenía en cuenta esta misma circunstancia y el transporte de las tierras con que se formaban". (Diccionario Alcubilla. Edición 1892. pp. 452 y 453).

(7) RUBINO. Ob. cit. p. 187.

(8) El Pliego de 11 de junio de 1886 justifica el sistema de - precios unitarios alzados con estas palabras: "Con este objeto el Ministro que suscribe se propone modificar el vigente sistema de contratación, no remplazándole por el de tanto alzado, radicalmente distinto, que exigiría un cambio repentino en la marcha de la Administración, origen de perturbaciones y embarazo en el desarrollo de las obras públicas, que la prudencia aconseja evitar, sin conservando el principio que rige actualmente de abonar al contratista lo que realmente construya según resulte de la medición; pero asignando previamente a cada clase de obra un precio invariable, cualquiera que sea la naturaleza de los terrenos y las distancias de donde procedan o adonde se conduzcan los materiales, y dejando al contratista en libertad de adquirirlos donde mejor convenga y de organizar los trabajos conforme a su propio interés y no a los propósitos de la Administración. En una palabra, en vez de ajustar en un tanto alzado la totalidad de la obra, se establece ese precio alzado e invariable para cada una de las unidades de diversa especie que la componen, y se abonan a esos precios -- las que en realidad ejecute el contratista. De esta suerte se excluye el contrato cuanto depende del criterio individual, cortando de raíz el mayor número de las reclamaciones y de más dudosa -- resolución, simplificando al propio tiempo la inspección del Gobierno y haciéndola más eficaz, pues ha de limitarse a examinar si la obra contratada se construye con estricta sujeción a las condiciones estipuladas y a medirla después de terminada. En suma, el sistema, conservando las principales ventajas del de tanto alzado, tiene mucha más flexibilidad que éste y puede servir para llegar a él sin perturbaciones en la marcha de una parte importantísima de la Administración. Diccionario Alcubilla. Edición 1892. p. 453.

(9) La O.M. de 12 de junio de 1968 (MOPU) desarrolla el artículo 67 RCE dando normas para el cálculo de los precios unitarios.

(10) Dictamen de 24 octubre 1968. Exp. núm. 36103.

(11) Sentencia de 9 mayo 1970.

(12) MONEDERO GIL, J.I. dice que "la defensa del interés económico del Estado exige que la unidad de inversión sólo se ejecute cuando su financiación óptima quede garantizada por el presupuesto, que se convierte así en pieza condicionante y limitativa del contrato, hasta tal punto que la legislación financiera, reputa -- nulos de pleno derecho los compromisos contraídos por los órganos de la Administración olvidando este requisito". ("Doctrina del Contrato del Estado" 1977, p. 322)

(13) Sobre la nulidad de los actos separables. Vid. GARCIA TREVIJANO FOS. J.A. "Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: La explotación del Hotel Andalucía Palace de Sevilla", RAP 29, y "Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo". RAP número 36.

(14) STS 30 septiembre 1964, 4 Julio 1966, 22 enero 1975, entre otras.

- (15) "El negocio jurídico". Madrid 1971, pp. 110.
- (16) Ob. cit. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". p. 121
- (17) Ob. cit. "El negocio jurídico", p. 123.
- (18) Ob. cit. "El negocio jurídico", p. 126.
- (19) Ob. cit. "Teoría del equivalente económico". p. 137.
- (20) La STS de 27 de diciembre de 1912 es comentada por ARIÑO - ORTIZ en su "Teoría del equivalente económico", p. 139.
- (21) Ob. cit. "Teoría del equivalente económico". p. 138, al co-
mentar la STS 13 enero 1879, p. 140.
- (22) Vid. ARIÑO ORTIZ G. Ob. cit. "Teoría del equivalente econó-
mico", p. 142.
- (23) MANRESA, J.M., al comentar los artículos 1469 y 1470 CC di-
ce lo siguiente: "Una de las funciones de la ley civil en orden a
la materia de contratos, es procurar la estabilidad de los mismos
sin merma de los derechos de nadie y sin invadir la esfera propia
de la libre iniciativa de los contratantes. En justo ejercicio -
de esta función, cuando en los términos de un contrato se encuen-
tra alguna falta de determinación de la voluntad de las partes que
no afecta a lo esencial, a la causa del contrato; cuando las cir-
cunstancias de hecho se desvían algo de aquellas que los interesa-
dos previeron al pactar, la ley tiende, generalmente, si conside-
raciones de otra índole no lo impiden, a la eficacia, a la tras-
cendencia jurídica del contrato, a su estabilidad. Para ello ins-
tituye reglas útiles, al objeto de presumir cuál ha sido la volun-
tad, que no llegó a determinarse, de las partes; cuál hubiera si-
do esa misma voluntad si los contratantes hubiesen conocido esas
nuevas circunstancias de hecho y, en último término, acude a la -
equidad, que es el derecho mismo, para que los fines de la rela-
ción jurídica creada se logren y el desenvolvimiento de la vida -
del derecho no tenga entorpecimiento ni retrasos.
- Pues bien; esto es lo que hace el Código en los artículos que co-
mentamos. En las ventas de inmuebles hechas a razón de un precio
por unidad de medida o número, cuando la cabida resulte mayor o -
menor que la estipulada, hasta donde al Código es posible, inter-
preta la voluntad de los contratantes; consigna preceptos de equi-
dad, y sólo cuando motivos poderosos lo exigen, autoriza el desis-
timiento del contrato o el ejercicio de acciones rescisorias."
("Comentarios al Código Civil Español". Madrid, 1931. Tomo X, pp.
139 y 140).
- (24) MEILAN GIL, J.L. dice que "sustantivamente el error aritmético
consiste en equivocaciones al hacer operaciones aritméticas de todo ti-
po, partiendo de datos ya fijados y que permanecen inalterables".
"Delimitación Conceptual del error material y de cuenta" RAP 55, p. 179.
ARIÑO ORTIZ, G. destaca que "el régimen jurídico propio del error de --

cuenta en los contratos (a diferencia de lo que pueda ocurrir en los actos unilaterales de la Administración a tenor del artículo 111 de la LPA) está limitado a aquellos supuestos que reúnen las notas tipificadoras del simple error de cuenta, a saber, que se dé para ambas partes absoluta -- certeza y acuerdo en los datos previos sobre los cuales se presta el con sentimiento, siendo por tanto, el error puramente matemático más aparente que real. Ob. cit. p. 146.

(25) Dictamen de 18 de junio de 1948 (Expte. 3450).

CAPITULO DECIMO
=====

VARIACIONES DEL PRECIO

I.- VARIACION DEL PRECIO POR MODIFICACION DEL PROYECTO.-

Al estudiar la modificación del proyecto pudimos ver que -- ciertos cambios o alteraciones en la obra a realizar daban lugar a que el precio inicialmente pactado aumentase o disminuyese. Cuando se contrata sobre la base de un presupuesto confeccionado con precios unitarios, la determinación del precio no es absoluta, pues está en función -- de la definición más o menos exacta de la obra proyectada y de las inevitables correcciones durante su ejecución. Esto explica que exista una previsión legal para el caso de que se produzcan aumentos cuantitativos en la obra, que no requieran una modificación del proyecto, siempre que su valor no exceda del 10 por 100 del precio (cláusula 59 PCAG). Se -- cuenta, pues, con un cierto margen de indeterminación inicial del precio porque la experiencia demuestra que nunca se da una coincidencia -- perfecta entre la obra proyectada y la que posteriormente se realiza.

El precio cierto y determinado en el momento de contratar también puede variar como consecuencia de las modificaciones cualitativas o cuantitativas que la Administración introduzca en el proyecto al amparo del "ius variandi" (artículos 48 LCE y 146 RCE). Son cambios que -- la Administración debe introducir para atender necesidades nuevas o por causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto (artículos 49 LCE y 148 RCE). Los efectos de estas modificaciones así como sus límites fueron estudiados oportunamente interesando únicamente ahora destacar que aquéllos pueden dar lugar a una alteración del presupuesto , por lo que de todo ello se deduce que la determinación inicial del pre-

cio cede ante las exigencias técnicas de la realización de la obra.

II.- EL PRECIO Y EL EQUIVALENTE ECONOMICO.-

En el epígrafe anterior nos hemos referido a las variaciones del precio producidas por el dinamismo propio de la obra, ya que en la fase de su ejecución se produce frecuentemente la necesidad de su modificación o reforma. Ahora vamos a estudiar la influencia de determinadas circunstancias económicas que son externas a la organización y actividad del contratista pero que sin embargo también pueden influir en el precio inicialmente pactado.

En principio, la obligación pecuniaria en que consiste la --- prestación de la Administración (pago del precio), se sujeta al criterio nominalista que rige en la contratación en general y en la administrativa en particular. Los artículos 12 LCE y 30 RCE dicen que "los contra--tos tendrán siempre un precio cierto que se expresará en moneda nacio--nal". Por consiguiente, la Administración se libera pagando una suma de dinero en la especie y cuantía pactada al establecer el precio de la --obra. Esa suma de dinero se entrega por la Administración al contratista en el momento del pago en el número de unidades prevista, aunque la prestación correlativa, esto es, la obra, haya experimentado un cambio de valor.

Ahora bien, este nominalismo se flexibiliza para que se man--tenga dentro de lo posible la equivalencia entre prestación y contraprestación (obra y precio) cuando ésta se rompe por los efectos de la inflación que en la época actual parece haberse convertido en un mal incurable de la economía. La preocupación por mantener lo que se ha dado en --llamar equivalente económico o ecuación financiera del contrato (1),

ha rebasado el aspecto puramente interno del contrato para tener también en cuenta las repercusiones de las fluctuaciones del mercado en el valor de las prestaciones. Los artículos 12 LCE y 30 RCE, si bien establecen la obligación de pagar el precio en moneda nacional, ordenan al mismo tiempo que se tenga en cuenta el principio del valor (equivalente económico) y no el puro nominalismo, pues disponen que el precio "se abonará el empresario en función de la importancia real de la prestación efectuada y de acuerdo con lo convenido", y más adelante añaden que, "en todo caso, los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea adecuado al mercado".

Aunque estas normas se sitúan más bien en el terreno de los principios que en el de los mandatos concretos y singulares, es importante que exista esa afirmación legal sobre la necesidad de que el precio responda al valor real de la prestación efectuada, por sólo así el precio será justo. Como dice MONEDERO GIL (2) "el requisito del precio justo implica una superación del nominalismo de nuestros respetables códigos y actúa a modo de constante vitalizador de la situación jurídica contractual".

Con todo, la cuestión es como superar el nominalismo en las situaciones concretas que se presentan durante la ejecución de la obra y aun antes, dado que el proceso de gestación del c.o.p. discurre durante un cierto tiempo en el que las oscilaciones del mercado se hacen sentir sobre el precio calculado.

III.- LA ACTUALIZACION DEL PRECIO.-

Efectivamente el desfase o desajuste entre el precio de la obra fijada en el presupuesto que forma parte del proyecto y el real o -

de mercado, puede producirse antes de que se celebre el contrato. A veces puede transcurrir un largo período de tiempo desde que se aprueba técnicamente el proyecto hasta que se licita o contrata, por lo que -- los precios calculados pueden quedar por debajo de los vigentes en el mercado. Esta situación inicial debe y puede corregirse sin dificultad por la Administración que todavía no está vinculada a ningún contratista. Por ello, el artículo 67 RCE dice que "en aquellos casos en que oscilaciones de los precios imprevistas y ulteriores a la aprobación --- técnica de los proyectos resten actualidad a los cálculos de precios - que figuran en sus presupuestos, podrán los jefes de los Departamentos si la obra merece el calificativo de urgente aplicar el porcentaje lineal de aumento señalado por la Oficina de Supervisión, al objeto de - ajustar los expresados precios a los vigentes en el mercado al tiempo de la licitación".

Este precepto reglamentario es criticado por MORENO GIL (3) por la discrecionalidad que otorga a los Jefes de los Departamentos, - puesto que del texto se infiere que éstos pueden o no aplicar la actualización. Con razón entiende este autor que la discrecionalidad debe limitarse a la opción entre actualizar el presupuesto o confeccionar uno nuevo, pues en todo caso debe respetarse el principio de adecuación del precio al mercado según disponen los artículos 12 LCE y 30 RCE.

Mas el problema de la actualización puede plantearse cuando - ya la Administración ha seleccionado un contratista e incluso ha perfeccionado con él el contrato, de tal modo que en fase de ejecución de la obra sea necesario ajustar los precios para evitar el perjuicio que en otro caso se produciría.

El Dictamen del Consejo de Estado de 13 de abril de 1977 contemplando un caso en el que ya las obras habían sido realizadas admite

su actualización, aunque eluda el empleo de este término, y sienta esta doctrina:

"Ahora bien, si las obras y adquisiciones no se hubieren llevado a cabo, es evidente que habría que actualizar el precio (el precio fijado en la propuesta del proyecto), teniendo en cuenta el largo tiempo transcurrido desde la fecha de iniciación del expediente de contratación. Este fue el criterio de este Consejo de Estado cuando en su anterior petición de antecedentes, solicitó fijar los precios del proyecto de contrato de acuerdo con los costes que rijan en el momento de su aprobación. En otro caso, la posición de la empresa contratante hubiera sido excesivamente onerosa, y no es lícito para la Administración iniciar un expediente sobre unos precios determinados, llevar a cabo las primeras negociaciones para concluir el contrato por concierto directo, dejar transcurrir un lapso muy superior al normalmente previsible en esta clase de expedientes y perfeccionar después el contrato mediante la aprobación de la Autoridad competente, exigiendo del contratista estar a los precios que figuren en el presupuesto primitivo

Como quiera que las obras y adquisiciones, sin embargo, ya se han llevado a cabo, desde luego en fecha posterior a la prevista en el contrato, pero ciertamente antes de que haya recaído la aprobación y consiguiente perfección del contrato, el criterio del Consejo de Estado es ahora el de que no cabe ya actualizar los precios de las futuras prestaciones del contratista, puesto que el carácter de futuras ya ha desaparecido y se ha transformado en prestación consumada. Lo que procede es evaluar con toda exactitud el coste real de las obras y de las adquisiciones llevadas a cabo, precisamente refiriendo dicho coste al momento en que haya tenido lugar su ejecución o adquisición. Una vez evaluado ese coste, debe abonarse lo que resulte a la Empresa contratista

Si, por el contrario, se aceptase un criterio diferente al que postula este alto Cuerpo Consultivo, puede resultar un enriquecimiento injustificado, bien para el contratista bien para la Administración. Para el contratista, si, practicando ahora la actualización referida a la fecha presente de su aprobación resultasen unos precios superiores a los que realmente costaron las obras y las adquisiciones. Para la Administración del Estado habría enriquecimiento injustificado si -

se aceptase como precio el previsto en el proyecto de contrato cuya perfección no ha tenido lugar por causas imputables a la propia Administración. En tal caso la Administración militar haría suyas por un precio inferior al real determina- dos obras y adquisiciones por su demora en la tramitación -- del expediente."

Por último, la actualización de precios también puede plantear la el contratista adjudicatario si la Administración deja transcurrir un largo período de tiempo entre la presentación de la oferta y la adjudicación definitiva. El Consejo de Estado en su Dictamen de 20 de febrero de 1975 (Expte. núm. 39434) estudia el caso de un contrato cuya adjudicación se había producido después de año y medio, rebasándose por tanto los plazos legales previstos y teniendo en cuenta que la propia Adminis- tración había reconocido oficialmente los aumentos producidos en los dis- tintos elementos componentes del coste de la obra. El Dictamen funda de nuevo su argumentación en la doctrina del enriquecimiento injusto y tam- bién en el principio de la buena fe. Dice lo siguiente:

"En este caso, todo el proble estriba en si existe o no causa justificativa para el enriquecimiento evidente de la Adminis- tración al aplicar unos precios a todas luces más bajos de - los reconocidos por la propia Administración en el momento - de comenzar las obras. El principio del riesgo y ventura no - es suficiente justificación a juicio del Consejo de Estado, para estimar que concurre aquí la ausencia del tercer requi- sito antes expuesto para la aplicación del principio general del enriquecimiento injusto (se refiere a la inexistencia de causa que justifique el enriquecimiento). En efecto, el prin- cipio de riesgo y ventura es solo aplicable en los casos nor- males de adjudicación dentro de los plazos previstos, es de- cir dentro de los noventa días siguientes a la apertura de - los pliegos, cualquiera que sea el modo de contratación (es- to es por subasta o por concurso). Las numerosos paliativos que la propia legislación y doctrina jurisprudencial adminis- trativas han ido creando frente a la vieja concepción del -- riesgo y ventura en la contratación administrativa, aparecen, por ejemplo, en los casos de fuerza mayor, que ya no son co-

como en el Pliego de 1903 causas tasadas, sino por el contrario, puramente indicativas por la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible, el fáctum principii y la propia revisión de precios.

En este caso, dada la duración de las obras (12 meses) prevista en el pliego, se excluye en la adjudicación definitiva la revisión de precios no sin un cierto confusionismo previo en cuanto a su aplicabilidad; y, de otro lado, y más fundamentalmente aparece en este caso específico la responsabilidad contractual de la Administración al no respetar los plazos establecidos por la Ley y el Reglamento de Contratos del Estado para proceder a la Adjudicación definitiva.

A más de ello, habría que aplicar aquí el principio general de la buena fe contractual, principio que, tanto en reiterada doctrina de este Consejo de Estado como en múltiples Sentencias del Tribunal Supremo ha sido recogido, no sólo para la contratación civil sino también para la contratación administrativa.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha reiterado en su Sentencia de nulidad de actuaciones, la necesidad de mantener - el equilibrio económico que precede a las prestaciones recíprocas entre contratista y Administración; tal equilibrio económico es el fundamental de la contratación administrativa en cualquiera de sus órdenes (obras públicas, suministros, gestión de servicios públicos, etc.)".

Este mismo caso llegó al Tribunal Supremo que dictó sentencia de 15 de noviembre de 1977, de la que interesa destacar, en primer lugar, el énfasis que pone en afirmar lo siguiente:

"Que es premisa cardinal en la materia de autos el equilibrio técnico-financiero del negocio jurídico en que el contrato consiste y, como secuela o devenir necesario de tal realidad, el equilibrio económico de las recíprocas prestaciones de la Administración pública y la otra parte contratante, -- equilibrio que debe existir en el momento de la perfección -- del contrato y pudiendo matenerse a lo largo de su ejecución o consumación, de ahí como supuesto general y normal la revisión de precios -artículo 7, apartada 2ª del D. de 8 de abril

1965 y D. Ley de 4 febrero 1964, no debiendo olvidarse que - en el perfeccionamiento de esta clase de contratos coinciden dos intereses económicos, los cuales conjugados voluntariamente, se complementan de tal manera, que cualquiera que sea la postura dominante de la Administración y el uso que de ésta haga aquélla, se mantienen en equilibrio, de tal forma -- que las deudas de ambas partes se equilibren sin temor a actuaciones ajenas a lo convenido por lo que si el mismo cede o se quebrante fehacientemente, tal alteración puede y debe ser reparada a costa de quien sea responsable de su alteración de ahí la terminante declaración del artículo 7º del -- Texto Articulado de 8 abril 1965, con arreglo al cual 'todo contrato, cualquiera que sea su objeto, deberá contener un -- precio cierto expresado en moneda nacional que se abonará al empresario en función de la importancia real de las prestaciones efectuadas y de acuerdo con lo convenido'.

Después la sentencia señala la diferencia que en nuestro Derecho existe entre "revisión de precios" y "actualización de precios", reconociéndose a esta última sustantividad propia. En el considerando 4º se dice lo siguiente:

"Que contra lo que razonado queda, no puede ser óbice el que 'la actualización de precios' cuando proceda, sólo puede llevarse a cabo a través de la 'revisión de precios', no pareciendo lógico que existan dos instituciones encaminadas a -- una misma finalidad, puesto que 'la revisión de precios' y la 'actualización' son dos conceptos diferentes, no sólo en su ámbito y esfera de aplicación, así como en su finalidad, sino también en sus fundamentos, en cuanto que la 'revisión de precios' afecta a la consumación del contrato, esto es, a su fase de ejecución mientras que la 'actualización' sólo hace referencia a la fase preliminar del mismo o precontractual, -- siendo la finalidad de aquélla la de modificar la eficacia -- de un contrato ya celebrado, cuando un cambio de circunstancias pudiese hacer excesivamente onerosa para una de las partes la ejecución de lo convenido o pudiese convertir el contrato en algo objetivamente injusto, mientras que el aspecto teleológico de la 'actualización de precios' es que el precio del contrato, al momento de prestarse el consentimiento bajo las nuevas circunstancias sobrevenidas, suponga real y efectivamente para el contratista un resultado económico pre-

visible idéntico o similar al previsto bajo las circunstan--
cias distintas en las que se produjo la oferta respondiendo
ambas figuras jurídicas a fundamentos jurídicos diferentes,
pues, aunque las dos tienen basamentos idénticos (la buena
fe que debe presidir las relaciones contractuales, el de la
reciprocidad de prestaciones o la interdicción del enrique-
cimiento injusto), sin embargo tienen matices diferentes en
cuanto que la 'revisión' pueda tener matiz contractual, mien-
tras que la 'actualización' puede venir impuesta por el --
principio *neminem laedere*, sin olvidar el supuesto base a --
que dichos institutos obedecen en concreto, diferencias y --
supuestos de hecho diferentes que permiten su convivencia --
tal como el propio legislador concibió en el D. de 22 de ma-
yo 1963 al regular la 'actualización de precios' de obras --
pendientes de ejecutar, y que también siquiera lo sea de ma-
nera implícita lo reconoció este Tribunal en la calendada --
sentencia de 1974, al caracterizar como presupuesta de la --
aplicación de la 'actualización' pretendida a la situación -
fáctica originaria del futuro contrato."

El considerando transcrito distingue perfectamente la actua-
lización de la revisión del precio según el momento en que una u otra
se producen. La actualización corresponde a la fase precontractual mien-
tras que la revisión se refiere al precio ya convenido y en fase de eje-
cución. Sin embargo, no resulta del todo satisfactoria la explicación -
del fundamento jurídico de estas dos figuras pues aunque se invocan la
buena fe, el enriquecimiento injusto y la reciprocidad de las prestacio-
nes la cuestión puede resolverse sin necesidad de acudir a estos grandes
principios que siempre están presentes en el c.o.p. como en cualquier -
contrato bilateral y oneroso. A nuestro juicio, debe acudirse antes que
nada a encajar la responsabilidad de la Administración en el caso de la
actualización, -de la revisión nos ocuparemos más adelante- dentro de la
fase precontractual en la que actúa. En este sentido la doctrina civil
de la culpa "in contrahendo" puede tener aplicación si se tiene en cuen-
ta que el desajuste del precio se produce por la morosidad de la Admi-
nistración en celebrar el contrato. Por otra parte, la culpa "in contra-
hendo" no sólo actúa en aquellos casos en que existen verdaderos tratos

preliminares en los que una de las partes puede obstaculizar la celebración del contrato. También en los contratos de adhesión es perfectamente apreciable la culpa "in contrahendo" si quien prepara por si solo el contrato da lugar con su conducta a que la otra parte sufra un perjuicio.

IV.- LA MODIFICACION DEL PRECIO Y EL RIESGO IMPREVISIBLE.-

El c.o.p. es un contrato de resultado que pone a cargo del -- contratista el riesgo económico propio de la ejecución de la obra (principio del riesgo y ventura). Pero junto a este riesgo normal del contrato existe otro más amplio que también puede incidir en la ejecución de la obra haciéndola más onerosa, lo cual constituye una circunstancia se brevenida que el contratista no pueda prever. Así pues, en el c.o.p., -- como en otros contratos de ejecución duradera, se plantea la cuestión -- de hasta qué punto debe el contratista soportar ese riesgo económico no previsto y si el principio "pacta sunt servanda" ha de ser mantenido a toda costa sin que sea posible modificar el contrato, pese a que el pre cio no constituya ya una justa contraprestación de la obra realizada.

1. Soluciones doctrinales.- Suele citarse en primer término -- la doctrina de la "cláusula rebus sic stantibus", formulada en la Edad Media por los postglosadores del Derecho Romano que entendieron que en los contratos de tracto sucesivo existía implícitamente una cláusula -- por virtud de la cual el contrato se consideraba celebrado en considera ción a cierto estado de cosas cuya alteración podía llevar consigo la -- modificación del contrato e incluso su resolución ("contractus qui habent tractum sucessivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus inte llipuntur").

Modernamente esta concepción medieval ha sobrevivido en teo-- rías que también encuentran una justificación predominantemente subjetiva

al problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias económicas existentes en el momento de celebrar el contrato. Las llamadas - teorías de la presuposición y de la base del negocio (4) parten del - dato fundamental de que ambas partes han debido considerar determinadas circunstancias económicas, jurídicas, sociales o de simple hecho como - influyentes para la celebración del contrato. Por eso se habla de que, - en cuanto a esas circunstancias, existe una representación común de las partes. Si posteriormente esa base o fundamento negocial desaparece se considera que las partes pueden pedir la resolución o la modificación - del contrato.

La importancia actual de estas teorías se encuentra en el hecho de que han servido más o menos directamente, de fundamento sobre el que se han apoyado decisiones judiciales en casos concretos.

2. Soluciones jurisprudenciales.- Con el nombre de teoría del riesgo imprevisible se designa a la doctrina elaborada por el Consejo de Estado francés para resolver el problema del cambio de circunstancias - económicas sobrevenido a la celebración del contrato. La teoría se formuló de una forma completa en el "arret" de 30 de marzo de 1916, conocido con el nombre de "arret Gaz de Bordeaux", a propósito de un contrato de concesión afectado por el alza de costes producido por la guerra de 1914. LAUBADERE (5) define así esta teoría:

"Lorsque des circonstances indépendantes de la volonté du contractant et imprévisibles lors de la conclusion du contrat - administratif viennent en bouleverser l'économie sans pour - autant rendre impossible son exécution et entraînent un déficit pour le contractant, celui-ci, tout en demeurant strictement tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations, a - droit à ce que l'administration contractante vienne l'aider à surmonter la difficulté survenue en prenant à sa charge -- une partie du déficit provoqué par ces circonstances".

La teoría del riesgo imprevisible se distingue perfectamente de otras construcciones jurídicas que también tienden a resarcir al -- contratista de un mayor coste por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, como son la fuerza mayor, el "factum principiiis" y las "sujétions imprevisibles".

La fuerza mayor puede constituir un riesgo para la obra y -- los medios empleados en ella (periculum rei), pero también puede determinar la imposibilidad de cumplir el contrato. En cambio, la teoría -- del riesgo imprevisible contempla una alteración de circunstancias que no impidan cumplir el contrato aunque sí lo hacen más oneroso para el contratista.

La doctrina del "factum principiiis" justifica una indemnización al contratista perjudicado como consecuencia de decisiones o medidas adoptadas por la Administración que inciden en el contrato haciéndolo más gravoso, por lo que la indemnización es integral. Por el contrario, la teoría del riesgo imprevisible no se limita a estos casos de intervención de la Administración (factum principiiis), pues toma en -- consideración las alteraciones económicas a las que son ambas partes -- ajenas. Por ello no existe una verdadera indemnización reparadora de un perjuicio sino una compensación, de modo que la Administración se hace partícipe con el contratista de los mayores costes producidos por el -- cambio de circunstancias.

Por último, la teoría de la imprevisión tampoco se confunde -- con la de la mayor dificultad de ejecución (sujétions imprevisibles), pues lo que con ella se trata de justificar es una compensación por el alea técnico que en todo c.o.p. existe si resulta gravemente dañoso para el contratista y no puede ser previsto.

Señaladas las diferencias con otras doctrinas afines, interesa ahora exponer brevemente los requisitos esenciales de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

En primer lugar se exige el requisito de la imprevisibilidad que el Juez debe investigar para establecer los límites extremos de la provisión propia de un empresario diligente. La imprevisibilidad se juzga tanto respecto sobre el acaecimiento en cuestión como sus consecuencias (6).

En segundo lugar el acaecimiento imprevisible debe ser independiente de la voluntad de las partes. Como dice LAUBADERE (7), debe darse una condición de exterioridad respecto de las partes. El contratista no puede invocar la imprevisión si él ha provocado el cambio de circunstancias o si no ha hecho todo lo necesario par impedirlo, bien se daba todo ello a error, negligencia o cualquier forma de incumplimiento. Por su parte la Administración debe ser también extraña al acontecimiento pues, en otro caso, el contratista podrá invocar normalmente la teoría del "factum principiis", que le será más favorable pues no será necesario que la economía del contrato se haya trastocado y además la indemnización será total.

Finalmente se requiere que el acaecimiento imprevisible no sólo produzca un sobrecoste y consiguiente pérdida para el contratista, sino que es en todo caso necesario que se produzca un "bouleversement de l'economie du contrat", en expresión constantemente utilizada por la jurisprudencia del Consejo de Estado desde el "arrêt Gaz de Bordeaux".

La noción de "bouleversement" es una noción relativa que hay que concretar en cada caso y supone, a su vez, la de déficit de explota

ción y precio límite. Como dice LAUBADERE la imprevisión supone que se produzca un déficit para el contratista y no una simple falta de ganancia o la desaparición de un beneficio previsto; pero también que se rebaje el precio límite determinado por el margen de alza posible tenido en consideración por las partes en el momento de contratar (8). La determinación de este precio límite es objeto de una estimación técnica que el juez confía a expertos.

Dándose estos requisitos o presupuestos básicos el contratista, sin poder suspender la ejecución de la obra, puede acudir en ayuda de la Administración que no tiene carácter integral por cuanto no se trata de resarcir un perjuicio sino de que aquélla participe en los sobrecostes producidos. Tradicionalmente el Consejo de Estado francés deja a cargo del contratista un diez por ciento del sobrecoste producido (9). Por ello no es pacífica la doctrina francesa sobre el fundamento de esta indemnización, pues mientras algunos autores consideran que el derecho del contratista es una aplicación del principio del equilibrio financiero -- del contrato, otros lo rechazan, pues este principio conduciría a la indemnización integral del perjuicio, mientras que en la teoría de la imprevisión la indemnización representa una ayuda a la Administración por hacerse partícipe en álea. Postura conciliadora la mantiene LAUBADERE -- (10) al afirmar un doble fundamento de la indemnización: consideraciones de equidad hacen partícipe del déficit a la Administración que no es responsable y, al mismo tiempo necesidad de una intervención de la Administración para asegurar la continuidad del servicio.

3. La Jurisprudencia española del riesgo imprevisible. -- En -- nuestro país no existe una construcción jurisprudencial análoga a la -- teoría francesa del riesgo imprevisible, ni tampoco se ha acogido -- ésta como un cuerpo acabado de doctrina . La Jurisprudencia es- - -

pañola es sumamente restrictiva al admitir una modificación o resolución contractual como consecuencia de la alteración imprevisible de las circunstancias económicas base del contrato. Esto se ha puesto de manifiesto en la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", que el Tribunal Supremo sólo admite de forma muy cautelosa (STS 13 de junio 1944, - 5 de junio 1945, entre otras muchas). Esta postura del Tribunal Supremo se confirma especialmente con relación al c.o.p.

Efectivamente, la jurisprudencia ha insistido que la cláusula "rebus" sólo cabe aplicarla en "supuestos de una extraordinaria alteración en la economía de los contratos y debida a causas anormales, profundas e imprevistas" (STS 20 de marzo 1972). Sin embargo, la jurisprudencia ha empezado a aceptar una ampliación del criterio restrictivo -- inicial al tomar en consideración las doctrinas más modernas de la base del negocio y del riesgo imprevisible, en la medida en que se entienden incorporadas en nuestra legislación revisora. Así, puede citarse la STS de 29 marzo 1973, en la que se empieza por afirmar la inmutabilidad del c.o.p. por aplicación de los principios "pacta sunt servanda" y el del riesgo y ventura, para después sentar esta doctrina:

"Pero esta rigurosa construcción de derecho estricto (se refiere al principio pacta sunt servanda) ha venido mitigándose primero por la jurisprudencia con la aplicación de ciertos arbitrios de equidad formulada al amparo de la llamada cláusula rebus sic stantibus, que se suponía implícita en esta clase de convenciones bilaterales de ejecución sucesiva, y, más modernamente en otras teorías perseguidoras de la misma finalidad, que se van incorporando a nuestra legislación en beneficio del contratista de adaptación del contrato a las circunstancias sobrevenidas a lo largo de su ejecución, como la llamada teoría del riesgo imprevisible o de la modificación de la base del negocio, por hechos que no podían preverse en el momento de la conclusión del contrato, singularmente aquellos cambios de los elementos económicos que alteren sensiblemente las bases del contrato, con todas las cuales se aspiraba a --

establecer la justicia conmutativa mediante la equiparación de las respectivas contraprestaciones, tendencias a las que responden ciertas normas legislativas dictadas a partir de fechas relativamente recientes para regular la contratación administrativa, como son por ejemplo la norma contenida en el artículo 49 de la Ley de Contratos del Estado, sobre la procedencia de iniciar al contratista por los daños y perjuicios que este pueda efectivamente sufrir por la suspensión temporal de las obras por causas imputables a la Administración, y de otra parte pueden señalarse las cláusulas de revisión de precios autorizadas por su legislación especial -- ..."

Pero sobre todo, el criterio expansivo de la actual jurisprudencia se pone de manifiesto en la STS de 12 de diciembre 1979 que reconoce el derecho del contratista a una compensación económica para paliar el perjuicio que le había producido el llamado "crack" del petróleo, esto es, el aumento del precio de este producto a partir del mes de noviembre de 1973. Esta sentencia funda su decisión en una aplicación más amplia de la cláusulas "rebus sic stantibus" al tiempo que también acepta la teoría del riesgo imprevisible, de la que se destacan algunos de sus requisitos o condiciones fundamentales. Así, se alude al carácter de auxilio que tiene la indemnización en estos casos y también se hace referencia a que la alteración de las circunstancias se produzca por un hecho independiente de las partes contratantes. La aceptación de la teoría del riesgo imprevisible queda claramente reflejada en el siguiente considerando de la sentencia:

"Que a la vista de esta legislación, el fundamento de la revisión en 1945 se basamentaba en los perjuicios causados al contratista por disposiciones administrativas desconocidas en el instante de celebrarse el contrato, por un lado y, por otro, en la pérdida de la posibilidad del cumplimiento de ciertos contratos a causa de circunstancias sobrevenidas, por lo que sería de equidad rescindirlos, pero sin la pérdida de fianza del contrato, de ahí que esta doble circunstancia o realidad haya sido aceptada por este Tribunal para legitimar la revisión

en cuestión, acudiendo para ello a la figura de la cláusula "rebus sic stantibus" o al "riesgo imprevisible", SS de 5 - junio y 4 julio 1951, tendiendo ambas figuras a una misma finalidad, al resarcimiento del equilibrio financiero del contratista, sentencia de este Tribunal de 29 de mayo 1951, y a una interpretación restrictiva de una legislación que es - - opuesta al principio general del riesgo y ventura del pliego general y que, por tanto, no puede admitirse por razón de -- equidad, bien entendido que la cláusula "rebus sic stantibus" no se ha admitido siempre como algo general e incuestionable, aunque su acogimiento por este Tribunal, está hoy fuera de - tosa exegesis o duda, si bien para ello se hubiera seguido un camino muy limitado y restrictivo al principio, si tenemos en cuenta que en el inicio de su acogimiento se proclamaba que - debiera ser acogida "con precaución muy cautelosa", no te- - niendo "carácter general" -S 17 de mayo 1941- pronunciamientos que se amplian sucesivamente, otorgándole una mayor amplitud a estas cláusulas -S. de este Tribunal de 14 noviembre 1952, 20 mayo 1964, 14 abril 1967, 15 y 20 marzo 1972, 21 marzo -- 1973, 28 octubre 1974 y 15 octubre 1976, entre otras-, en -- cuanto que dicha cláusula puede legitimar una revisión siem- pre que existan unas alteraciones económicas extraordinarias y anormales imprevistas y profundas que afecten gravemente a la economía del contratista, criterio expansivo y acogedor - que viene a ser corolario y final de la confrontación de dos fuerzas dispares, la justicia y la seguridad jurídica, en -- cuanto que si aquella exige el equilibrio de las prestacio-- nes y cuando éstas no coinciden y se invoca la intangibilidad de lo convenido se dice "sumum ius, summa iniuria" ésta recla- ma la estabilidad de las condiciones en virtud del principio "pacta sunt servanda", por lo que ambos vertientes del Dere- cho se enfrentan en ocasiones, cada una de ellas requiere su solución, a veces contraria, por lo que si en el derecho pri- vado se concedió más valor en principio a la seguridad jurídi- ca, en el derecho administrativo va imponiéndose el principio de justicia, pues, no en vano, las relaciones administrativas y administrado se ven influencias y teñidas por la "equidad y buena fe" que exigen mitigar esa excesiva onerosidad de las prestaciones del administrado cuando hechos o eventos trans-- cendentales extraordinarios o inéditos así lo exigen y que -- sólo pueden corregirse por el imperio de la equidad, de la -- buena fe y, en especial, por la justicia, doctrina que puede ser predicable del otro remedio corrector de la agravación de la prestación o prestaciones de deudor por acuerdos sobrevenidos a la celebración del contrato, independientes del mismo y

al mismo tiempo, imprevisibles, es decir, del "riesgo imprevisible" o de la teoría de la "imprevisión". Pues ambos remedios no vienen a ser más que dos caras de la misma moneda, viniendo a ser dos concepciones dogmáticas que operan en una misma línea y en muchos casos sobre supuestos análogos, pero cuyos fundamentos, límites y razones de actuación en el campo del derecho no siempre coinciden, exigiéndose para su viabilidad las imprevisibilidades del hecho, suceso o circunstancia que ocasiona la mayor onerosidad, ya que si estaba -- previsto o era previsible se entiende que el deudor contrató el riesgo, debiendo existir la posibilidad del cumplimiento del contrato en cuestión aunque se agrava mucho la prestación del deudor, no bastando el simple quebranto en los beneficios del deudor es preciso que el cumplimiento de la prestación -- resulte excesivamente oneroso para el deudor, o, incluso ruinoso por causas extrañas y exteriores al propio contrato, lo que en terminología francesa se llamó "bouleversement", debiendo, por último, cumplirse el contrato a pesar de la onerosidad de la prestación o dificultades de su ejecución".

V.- LA LEGISLACION REVISORA.-

Al lado de las soluciones doctrinales y jurisprudenciales al problema del riesgo imprevisible, existen también soluciones legales de diversa índole. En nuestro Derecho vigente, la revisión de precios -- por medio de una cláusula especial en el c.o.p., es la solución legal -- al problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias económicas. Como dice la STS de 27 de octubre de 1979, "la revisión de precios no es más que una fórmula arbitrada en esta época de fuerte erosión monetaria para poder mantener algo tan sustancial en todo contrato como -- es la equivalencia de las prestaciones".

Los artículos 12 LCE y 30 RCE establecen que "la inclusión de cláusulas de revisión de precios se regulará por su legislación especial". Esta legislación está hoy formada, básicamente, por el Decreto -- Ley 2/1964, de 4 de febrero (DLRP), desarrollado por el Decreto 461/1971

de 11 de marzo (RRP). Por lo que se refiere a la contratación local, el Decreto 1757/74, de 31 de mayo dispuso la aplicación de las normas estatales sobre revisión de precios a esta contratación. Hasta la entrada - en vigor de este Decreto habían coexistido dos regímenes paralelos aunque no idénticos. Por un lado, regía el DLRP para los contratos del Estado y por otro el RCCL para los contratos celebrados por las Corpora-- ciones Locales. Sin embargo, el artículo 57.1 e) RCCL en el que se reconocía la revisión de precios "ex lege", había quedado en suspenso por - el Decreto de 25 de febrero de 1.955, aunque la vigencia de este último fue negada por la STS 15 de enero 1971 que sentó la tesis de que la cita da norma había quedado implícitamente derogada como consecuencia de la entrada en vigor del DLRP. Esta sentencia dió lugar a disparidad de criterior en la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo (11) y también la doctrina se ocupó ampliamente del tema(12). Pero actualmente con la publicación del Decreto de 1974 la legislación de revisión de precios puede considerarse unificada.

Esta legislación revisora no sólomente es especial por la materia que la regula sino que también puede considerarse como "ius singulare" del c.o.p. El artículo 1º DLRP se refiere exclusivamente a los -- contratos de obras del Estado y organismos autónomos dependientes del - mismo, y el artículo 1º RRP menciona expresamente los siguientes contratos: "a) Los de obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación, con presupuesto superior a cinco millones de pesetas. b) Los de - obras de reparaciones menores y de conservación que por sus características sean susceptibles de integrarse en un proyecto o presupuesto, siempre que reunan el requisito establecido en el apartado anterior". Esto es, las obras cuyo presupuesto sea superior a cinco millones de pesetas.

1. La excepcionalidad de las normas de revisión, Crítica.-

La jurisprudencia (13) considera que las normas sobre revisión de precios son de carácter excepcional y, por tanto, de interpretación res--trictiva. Sin embargo, debemos advertir que esta excepcionalidad no -- puede hoy predicarse como consecuencia del carácter coyuntural de las normas de revisión de precios, pues esto, que fue verdad en el pasado, hoy ya no es así. El DLRP, al igual que su inmediato precedente, el -- DL de 10 de octubre 1963 no se promulgó con una vigencia limitada ni -- tampoco para atender a situaciones más o menos transitorias (14). Como ha dicho el Consejo de Estado, las actuales normas de revisión de pre--cios tienen el designio de cubrir "con proyección de futuro (y por tan--to siempre respecto de obra pendiente de ejecutar) el riesgo de altera--ciones en los precios" (15). El mismo DLRP señala como fin de sus nor--mas "el mayor afianzamiento de los contratos a que se apliquen". Y es -- evidente que este deseo de reforzar las convenciones con proyección de futuro no se consigue con normas transitorias sino mediante una regula--ción estable.

Por consiguiente, la excepcionalidad de la legislación revi--sora no puede deducirse de una condición temporal o transitoria que no tiene. Así, aunque la jurisprudencia siga afirmando reiteradamente "el carácter excepcional que tiene la institución de la revisión de precios y, por tanto, el manejo cuidadoso con que ha de ser tratada" (STS 23 -- enero 1981), tal afirmación se funda ahora en un criterio distinto al -- considerar que la revisión de precios supone "una contradicción con una serie de principios que dicha institución, no solamente pone en cuestión sino que los excepciona, como son los de riesgo y ventura, precio cierto e inmutabilidad del contractus lex. Motivos todos ellos que justifican que la jurisprudencia haya calificado a las disposiciones dictadas en -- esta materia de excepcionales y no susceptibles de interpretación exten--siva". (STS 25 abril 1980).

Sin embargo, aún con esta nueva orientación, el carácter excepcional de la revisión de precios sigue siendo, a nuestro juicio, muy discutible. Las contradicciones que señala la jurisprudencia, en nuestra opinión, no existen desde el momento en que, como hemos de ver, el derecho del contratista a revisar el precio nace del pacto inserto en el c.o.p. Efectivamente, no hay contradicción con el principio "contractus lex inter partes" por la sencilla razón de que la revisión de precios, en tanto que es pactada, constituye el cumplimiento de la "lex contractus" y no su contradicción o excepción. Tampoco atenta la revisión de precios contra la exigencia de un precio cierto, toda vez que el precio no queda indeterminado o incierto por el hecho de que exista la cláusula revisora. Sucede sólo que una parte del precio se ha de determinar con arreglo a la técnica "per relationem" (artículo 1448 CC). Y, por último, la contradicción que pudiera apreciarse más fácilmente tiene que ser necesariamente matizada. Nos referimos a la pretendida contradicción entre el principio del riesgo y ventura y la revisión de precios. Ya sabemos que dicho principio no supone que el contratista haya de asumir todo tipo de riesgos, por lo que no puede utilizar aquél como explicación residual de todo perjuicio que sufra el contratista durante la ejecución de la obra. El principio del riesgo y ventura pone a cargo del contratista el riesgo de que sus previsiones financieras no se correspondan con el resultado final del contrato por incidencias acaecidas en el curso de la ejecución (tales como pérdidas, averías, perjuicios, etc.)" es decir, el llamado riesgo interno del contrato. En cambio no debe extenderse este principio a los riesgos sobrevenidos al contrato como consecuencia de las fluctuaciones de los precios derivados de la inflación. Por ello la revisión de precios no excepciona propiamente el principio del riesgo y ventura ni tampoco lo contradice. Lo que hace la revisión de precios es fijar los auténticos límites de aplicación del principio, impidiendo su extensión abusiva. Esto, como se ve,

no es contradecir ni excepcionar sino delimitar campos de actuación, -- de lo que por otra parte se beneficia la comprensión del principio del riesgo y ventura tan proclive a una aplicación maximalista.

2. Fundamento de la revisión de precios.-- La jurisprudencia -- suele fundar la revisión de precios en la doctrina del "riesgo imprevisible" y de la cláusula "rebus sic stantibus" (STS 18 febrero 1981). La doctrina también considera la revisión de precios como fundada en la -- teoría de la imprevisión de la que se considera su réplica en el c.o.p. (16). Sin embargo esta explicación conduce a una inevitable paradoja e incluso a una contradicción de la que se percata MORENO GIL (17), que dice a este respecto lo siguiente:

"Con la revisión de precios acontece un hecho curioso:

Tiene su origen en la doctrina del riesgo imprevisible, de la cual es una culminación, pero --y ésta es la paradoja-- mientras aquella doctrina está pensando en paliar los riesgos -- económicos no precalculados en el contrato, riesgos que son la única razón de existir de la doctrina, la revisión se sitúa en el extremo opuesto: el de la previsión; justamente lo que hace es prever, de manera que, naciendo, pasa automáticamente a un terreno, no sólo distinto sino opuesto al concepto de lo imprevisible, dando lugar al agotamiento, en su campo de acción, de la doctrina que le dió luz".

A nuestro juicio la contradicción detectada sólo puede salvarse encontrando el fundamento de la revisión de precios fuera de la teoría del riesgo imprevisible o de la cláusula "rebus sic stantibus". -- Aquélla y éstas sólo tienen en común el ser remedios o soluciones para paliar o mitigar los efectos perniciosos que la inflación produce en el patrimonio del contratista; en cambio sus diferencias son sustanciales, pues mientras esas teorías o doctrina toman en consideración el perjuicio una vez producido y en razón a la imprevisibilidad del mismo, la revisión de precios constituye una previsión para establecer anticipada--

mente los criterios de determinación del precio con el fin de que éste pueda ir ajustándose a las variaciones que experimentan en el mercado - los principales componentes de la obra. Precisamente se hace tal previsión porque se parte del hecho cierto de que dichas variaciones se producirán indefectiblemente aunque se ignoren en qué cuantía y con qué -- tendencia.

Todo esto lleva a explicar el fundamento de la revisión de pre cios en el interés de la propia Administración que la establece. Puesto que la inflación es algo perfectamente previsible, se considera que es mejor intentar prevenir sus efectos que remediarlos una vez que los mis mos se produzcan. Como dice CIANFLONE (18) es mejor que la Administra-- ción asuma la mayor onerosidad que correr el riesgo de que los futuros aumentos se repercutan en la oferta del precio, con lo cual los soporta ría en todo caso. Así pues, la revisión de precios asegura un concurso adecuado de las ofertas y el cumplimiento tempestivo del contrato. El -- mismo autor añade que todo esto no excluye que el legislador tome tam-- bién en cuenta motivos de buena fe y suma equidad, pues el respeto in-- flexible a la invariabilidad del contrato puede llevar a que la Adminis-- tración reciba una obra cuyo coste sea superior al precio pagado por ella.

En nuestro Derecho también puede considerarse la revisión de precios como una medida establecida en interés de la Administración antes que nada. Buena prueba de ello es la posibilidad que la Administra-- ción tiene de aplicarla o no y que además se regule el derecho del con-- tratista a la revisión de precios con ciertas restricciones. Si sólo -- existiese un fundamento de justicia la revisión de precios actuaría -- siempre y no dependiendo de la voluntad de una de las partes.

VI.- LA CLAUSULA DE REVISION DE PRECIOS.-

1. La cláusula de revisión como pacto reglado.- Conforme a -- los artículos 1 DLRP y 1 RRP los contratos de obras del Estado y organismos autónomos dependientes del mismo cuya cuantía sea superior a cinco millones de pesetas podrán incluir una cláusula de revisión de precios. Análoga disposición contiene el artículo 1º del Decreto de 31 de mayo de 1974, para las Corporaciones Locales.

La revisión de precios actúa, pues, en el c.o.p. cuando en él se incluya una cláusula especial que la regula. Por eso se dice que la revisión de precios es "ex contractu" y no "ex lege". Sin embargo esto debe ser matizado porque la cláusula de revisión de precios no es un -- pacto nacido del juego espontáneo de la voluntad de las partes. El -- pacto revisor nace de la voluntad de una de las partes que es la Administración y su contenido no es de libre determinación sino que está legalmente prefigurado. Esto permite afirmar que la cláusula de revisión es un pacto reglado, lo cual es más exacto que decir que el DLRP es una "ley clausular", pues este tipo de normas no se conocen en nuestro Derecho. (19)

La reglamentación de la cláusula de revisión se aprecia, antes que nada por la incidencia de la norma revisora sobre la voluntad de la Administración. Se suele pensar que la Administración actúa con absoluta discrecionalidad a la hora de decidir si incluye o no la cláusula de revisión de precios en el contrato. El argumento parece que lo proporciona el verbo "podrán", que aparece en el texto de los artículos 1º DLRP y 1º RRP. Sin embargo ese verbo debe entenderse como una habilitación genérica a la Administración para que pueda revisar, pues evidentemente si la norma no le autorizase a ello, aquella no podría introducir el pacto revisor. Por lo demás, una vez que la Administración está facultada para pactar la cláusula de revisión, su decisión concreta de aplicarla debe apoyarse en un acto administrativo motivado, sujeto por

tanto a fiscalización en vía administrativa y jurisdiccional. El artículo 2º DLRP dice que "la inclusión de cláusulas de revisión de precios - en los pliegos de condiciones se acordará por la Administración en resolución motivada antes del anuncio de la licitación, atendidas las circunstancias de toda índole que concurran en la obra". Y el artículo 2º RRP añade que "la resolución motivada del Ministro del Departamento o del Presidente o del Director del Organismo autónomo, por la que se acuerda la inclusión de las mencionadas cláusulas, se adoptará con base en la propuesta del facultativo autor del proyecto que razonará en la memoria, habida cuenta de las características de la obra, la inclusión de la cláusula, la fórmula polinómica que considere más adecuada de entre las correspondientes fórmulas-tipo y los plazos parciales de ejecución".

La cláusula de revisión de precios tiene además un contenido tipificado reglamentariamente. El artículo 3 DLRP dice que la "cláusula de revisión se establecerá expresamente para cada contrato mediante fórmulas-tipo que se elaboren por los distintos Departamentos Ministeriales para las diferentes clases de obras". Más adelante veremos en qué consisten estas fórmulas polinómicas pero por lo pronto cabe advertir que sólo mediante ellas se puede determinar la revisión del precio y que su composición y vigencia se sustrae al libre pacto.

2. La cláusula de revisión como cláusula estabilizadora.- La afirmación de que la cláusula de revisión es un pacto reglado no agota la explicación de su naturaleza, pues debe examinarse cuál es la función real de la cláusula de revisión para establecer así su verdadero carácter.

De los diversos sistemas que se pueden seguir para revisar el precio del contrato el legislador ha adoptado el de las cláusulas de -

estabilización que son conocidas en la contratación general. Dice ROCA SASTRE (20) que las cláusulas de estabilización responden a "la necesidad de estipular de manera que el contenido de la obligación pecuniaria conserve, a través de los acontecimientos que en el futuro puedan surgir, el mismo valor estimativo que tuvo para las partes al contratar." Su denominación responde, pues, al deseo de estabilizar el equilibrio de las prestaciones. DIEZ PICAZO (21) señala que las cláusulas de estabilización pueden ser de dos tipos según que las partes traten de sustituir en sus negocios y transacciones la valuta o moneda nacional por otro signo diferente (cláusula valor oro, valor plata, valor moneda extranjera, - - etc) o según que las partes, al establecer o fijar una prestación pecuniaria cuyo cumplimiento queda diferido para un momento posterior, determinan la relación que existe entre la suma de dinero objeto del pacto y el precio o valor de una determinada mercancía o unos determinados índices, quedando obligados a reajustar la suma dineraria debida, de acuerdo con aquella proporción, para el caso de que el dinero experimente con el tiempo alguna variación. A esta finalidad responden las cláusulas de pago en especie, de valor en especie y las de escala móvil o cláusulas índices.

Pues bien, la cláusula de revisión de precios es una cláusula de estabilización del tipo cláusula de escala móvil, también llamadas de índice o indexadas. Este tipo de cláusulas se caracterizan porque -- protegen contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, a diferencia de la cláusula valor-oro o valor referido a divisas, las cuales protegen contra la devaluación monetaria. HIRSCHBERG (22) señala que -- las cláusulas indexadas reflejan cambios en el poder adquisitivo del dinero y, por lo tanto, compensan al acreedor por la amortización y no -- únicamente en los casos de devaluación. Según este mismo autor (23) -- las autoridades públicas son sensibles con respecto a las cláusulas de valor oro y las cláusulas referidas a divisas, ya que su aplicación - -

interfiere en el prestigio de la moneda nacional; en cambio estas reser
vas no existen respecto a las cláusulas de índices, pues ellas "miden -
no sólo los movimientos de precios desde el lado de la moneda y su
impacto en los precios de los bienes y los servicios, sino también los
movimientos que se originan del lado de los bienes, especialmente en los proce
sos que influyen sobre el aumento de la oferta y de la demanda y que --
surgen de diversos procesos económicos tales como mejoras en los proce-
sos de producción y mercado, un aumento del nivel de vida y cambios en
los gustos de los clientes.

La cláusula de revisión de precios cumple en el c.o.p. estas
funciones descritas, con lo que es posible escapar del nominalismo. De
esta forma se mantiene el poder adquisitivo del dinero y esto se consi-
gue reajustando la prestación monetaria, es decir el precio, una vez que
se conocen los índices que señalan las variaciones producidas en los cos
tes de ~~ls~~ elementos componentes básicos de la obra. La cláusula de revi-
sión de precios estabiliza por consiguiente el valor de las prestacio--
nes.

VII.- FORMALIZACION DE LA CLAUSULA DE REVISION.-

La cláusula de revisión de precios se incluye en el contrato
mediante un acuerdo, que en forma de resolución motivada debe adoptar
la Administración en cada caso. Existe pues un acto interno (24), ~~se-~~
parable de la cláusula, que se produce según un determinado procedimiento
(artículo 2º RRP). Pero al mismo tiempo, también se reglamenta la --
formalización de la cláusula misma, con independencia de que participe
a su vez de la formalidad propia del contrato en que se incluye. Los ar
tículos 1º DLRP y 1º RRP determinan especialmente la formalización de -
la cláusula de revisión al disponer que su inclusión se produzca en los

"pliegos de cláusulas administrativas particulares". Por otra parte, el artículo 122 RCE establece como requisito del documento notarial o administrativo con el que se formaliza el c.o.p., "la indicación de si el - pliego de cláusulas administrativas particulares contiene cláusula de - revisión del precio estipulado".

Esta exigencia formal de que la cláusula de revisión se incluya en el pliego de condiciones administrativas particulares, plantea en la práctica la cuestión de la validez del pacto revisor cuando aparece en otro lugar de la documentación del contrato.

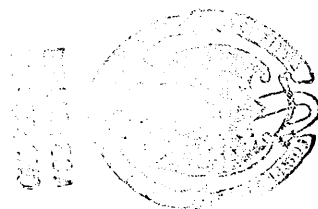
La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha resuelto siempre esta cuestión de forma negativa por considerar que "sólo la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pre--via resolución motivada del órgano de contratación, daría pleno valor - jurídico a la cláusula de revisión" (25).

Sin embargo, esta postura de la Junta Consultiva no tiene más apoyo que la literalidad del texto legal sin tener en cuenta otras consideraciones que permiten sentar, con fundamento, una opinión contraria.

En primer lugar debe advertirse que la exigencia formal del - pacto no es requisito constitutivo del mismo, y esto tanto en la contratación general (artículos 1268, 1279 CC) como en la específica del c.o.p. pues éste se perfecciona y produce plenos efectos con la adjudicación - definitiva de la obra (artículo 109 RCE), por lo que la formalización - del contrato es siempre un requisito "ad probationem". Afirmación que - si se hace respecto del contrato en su conjunto también vale para cada uno de sus pactos o cláusulas.

Pero además hay que tener en cuenta que la aparición de una cláusula de revisión de precios en un documento distinto del pliego no puede imputarse, por principio, al contratista pues éste se limita normalmente a adherirse al contrato que prepara y redacta unilateralmente la Administración. Esto hace que el defecto de formalización se deba -- siempre a un mal funcionamiento de los distintos servicios administrativos que intervienen en la preparación del contrato en sus diferentes etapas o fases. Por consiguiente no puede la Administración invocar sus -- propios defectos para negar la eficacia de una cláusula con la que el -- contratista ha podido contar de buena fe. En estos casos, la máxima -- "allegans propriam turpitudinem non auditur", tal como se desprende de los artículos 1302 CC y 115 LAP, impide a la Administración invocar la ineficacia de la cláusula de revisión defectuosamente formalizada.

El Consejo de Estado ha mantenido, a veces, un criterio negativo basado también en la literalidad del precepto que exige una forma concreta para la cláusula. Así ha afirmado que "no cabe otorgar la revisión de precios sino en la forma establecida en esta última disposición que exige, según lo indicado, su inclusión en el pliego, por resolución motivada, antes del anuncio de la licitación (26). Otras veces el Consejo de Estado ha apoyado su criterio en la dificultad que presenta en la contratación administrativa la admisión de la voluntad presunta de -- las partes, de la que pudiera deducirse la intención de pactar la revisión, pues señala que "si bien no puede desconocerse la importancia de la teoría de la voluntad en la interpretación de los contratos privados, tampoco puede olvidarse que gran parte de esta preponderancia la pierde cuando la materia interpretable es un contrato del Derecho público, en los que los criterios de seguridad y formalismo de la actividad administrativa imponen notables desviaciones de Derecho común" (27).



Sin embargo, el mismo Alto Cuerpo Consultivo ha resuelto el problema de la validez de la cláusula no formalizada correctamente, admitiendo su eficacia cuando la duda o la confusión la ha producido unilateralmente la Administración, por lo que el contratista no debe resultar perjudicado. Concretamente se argumenta en estos casos que "los principios de buena fe y reciprocidad en la relación contractual exigen la necesidad de una actuación administrativa congruente"(28) que impide invocar la nulidad o ineficacia de la cláusula de revisión por vicios o defectos que sólo a la Administración le son imputables.

El Tribunal Supremo también ha dado una respuesta al problema de acuerdo con estos principios básicos a los que nos acabamos de referir. La sentencia de 19 de febrero de 1.975 contempla el caso de una cláusula de revisión de precios incluida en la memoria del proyecto cuya validez se admite porque considera "que sería antijurídico tratar de desconocer efectos a pactos y estipulaciones que, como la cláusula de revisión de precios, están permitidos al amparo del artificioso pretexto --tan poco exacto por otra parte en este caso-- de no haber sido incluido en el lugar adecuado". También la sentencia de 29 de abril de 1.980 admite la eficacia de una cláusula de revisión de precios incluida en el pliego de condiciones técnicas en lugar del pliego de condiciones administrativas particulares, por considerar que "el formalismo gravita sobre el momento de la perfección del contrato en su unidad contextual y no sobre el posterior de una ejecución correctamente atendida por la contratista y constitutiva del factor básico para solicitar la revisión con fundamento en cláusula contractual válida".

VIII.- FORMULA POLINOMICA E INDICES DE REVISION.-

Como la cláusula de revisión de precios responde a la modalidad de cláusula de estabilización conocida como cláusula de índices o

de escala móvil, es indispensable que en élla se recoge el procedimiento técnico de aplicación de los índices que las partes han acordado tomar en consideración para ajustar el precio inicialmente pactado como - revisable.

La determinación del índice o índices aplicables al precio -- pactado, y la forma de hacerlo, no es producto del acuerdo entre las -- partes. Como ya se ha señalado la cláusula de revisión de precios es un pacto reglado o reglamentario en el que la voluntad negocial queda constreñida prácticamente a su aplicación o no aplicación, y además, tal -- elección sólo está en la iniciativa de una de las partes que es la Administración, limitándose el contratista a adherirse al pacto revisor.

1. La fórmula polinómica.- La aplicación de los índices de revisión no se hace de forma directa pues se sigue un sistema matemático de cálculo de un coeficiente que se multiplica por el precio a revisar. Este coeficiente se halla mediante una ecuación matemática expresada en una fórmula polinómica. La existencia de esta fórmula es, pues, indis--pensable para que la revisión pueda tener lugar. El artículo 3º DLRP dice: "la cláusula de revisión se establecerá expresamente para cada contrato mediante fórmulas tipo que se elaboren por los distintos departamentos ministeriales para las diferentes clases de obras". Por ello no basta para que pueda entenderse pactada la cláusula, con una simple remisión a la legislación que la permite. Así lo han entendido tanto la - jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Consejo de Estado (29).

Sin embargo, conviene puntualizar que aunque resulte imprescindible la fórmula polinómica para que el pacto sea viable, se puede - admitir su indeterminación inicial en el contrato siempre que sea posible concretarla posteriormente en el momento en que la cláusula entra -

en juego. El Consejo de Estado ha considerado que dado el carácter genérico de las fórmulas para cada clase de obra "lo importante es que és-tas existan, ya que en este supuesto es fácil aplicar la que corresponda. Es decir, que la falta de inclusión de la fórmula tipo correspon--diente en cada cláusula de revisión de precios no parece constituir --una dificultad mayor para su posible determinación; más bien parece un defecto fácilmente subsanable".

Actualmente las fórmulas polinómicas que pueden emplearse en cada contrato, según la ~~clase~~ de obra, están recogidos en un cuadro de fórmulas tipo aprobado por Decreto de 19 de diciembre de 1.970, que recoge 39 fórmulas, que posteriormente han sido ampliadas a 48 por Real Decreto de 20 de agosto de 1981.

La fórmula polinómica sirve para calcular un coeficiente de revisión en cada fecha respecto de la fecha de licitación, aplicándose su resultado al importe líquido de la obra de su clase pendiente de --ejecución, según dispone el artículo 3º DLRP. Este mismo artículo describe la composición de la fórmula tipo de la siguiente manera: "Estarán formadas por varios sumandos, que se obtendrán multiplicando los --tantos por uno de los elementos básicos que integran la obra o la relación entre sus respectivos precios en la fecha en que se aplique la revisión y en la fecha de licitación; se completarán con un sumando fijo, cuyo valor será el tanto por uno correspondiente a los gastos que hayan de permanecer invariables, como son la amortización e interés de las --inversiones en maquinaria y medios auxiliares, el beneficio previsto y los costes correspondientes a elementos no básicos. Este sumando fijo --no podrá ser superior a cero enteros, quince centésimas (0,15), y la suma de los tantos por uno de todos los sumandos en cada fórmula será --igual a uno".

El carácter reglamentario de estas fórmulas tipo también se confirma con el procedimiento que se establece para su elaboración, -- pues deben aprobarse por el Gobierno conjuntamente, esto es, para todo el cuadro que las recoja, a propuesta de los Departamentos Ministeriales y previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículos 3º DLRP y 3º RRP).

El Decreto citado de 19 de diciembre de 1.971, aprobó como -- ya se ha indicado un "cuadro sistemático" con 39 fórmulas ampliadas a 48 por el Decreto de 20 de agosto de 1981, con la composición matemática que se acaba de referir y con una simbología que refleja el coeficiente teórico de revisión para el momento de ejecución K_t y los índices de coste en la fecha de la licitación y en la fecha de la ejecución -- (H_o y H_t , por ejemplo, para la mano de obra).

El artículo 4º RRP contiene dos excepciones a la tipicidad de la fórmula polinómica. La primera se refiere a los casos en que un proyecto comprenda obras de características muy diferentes, a las que no sea posible aplicar una sola fórmula tipo general, en cuyo caso puede considerarse el presupuesto dividido en dos o más parciales, con aplicación independiente de las fórmulas polinómicas adecuadas a cada uno de dichos presupuestos parciales. La segunda excepción es aplicable cuando ninguna de las fórmulas tipo generales coincide con las características de la obra, pues entonces el Facultativo autor del proyecto puede proponer la fórmula que estime adecuada, la cual deberá ser aprobada por el Gobierno con arreglo al procedimiento establecido para la aprobación de aquéllas.

2.-Los índices de revisión.-- Los índices que se aplican a la fórmula polinómica incluida en la cláusula de revisión son los oficialmente

aprobados a estos efectos (artículo 4º DLRP). Esta aprobación oficial la realiza el Gobierno a propuesta del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, con una periodicidad mensual. Los índices pueden ser únicos para todo el país o determinarse por zonas geográficas, teniendo en todo caso que publicarse en el Boletín Oficial del Estado para que surtan efectos (artículo 9º DLRP). La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha informado que debe señalarse en el Pliego de Cláusulas al tiempo que fije la fórmula polinómica aplicable al contrato, cuál es la provincia cuyo índice de precios será tenido en cuenta para la determinación de las revisiones que procedan y también aconseja que, salvo la existencia de otras circunstancias ponderables, se adopte como regla general el índice de la provincia donde radique el mayor volumen de obra (30) (31).

Como el Comité Superior de Contratos del Estado es un órgano administrativo (32) que funciona dentro de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la aprobación de los índices se hace de manera unilateral, contradiciéndose así el carácter contractual del pacto revisor y afirmándose en cambio su condición reglada. Esto no se desvirtúa por el hecho de que se prevea la presencia de dos representantes -- de los contratistas en el Comité, pues tan exigua representación no puede tener lógicamente, mucho peso en las decisiones.

Los índices de revisión deben ser elaborados con el criterio que establece el artículo 5º RRP, cuya redacción fue modificada por el Decreto Ley de 16 de diciembre de 1.975; según esta norma los índices -- deberán reflejar, en todo caso, los cambios realmente producidos en el coste de la mano de obra y de los materiales que sean consecuencia de las disposiciones generales y de las resoluciones adoptadas por la Administración o convenios colectivos aprobados. Nueva redacción de este --

artículo que permite afirmar que el pretendido fundamento de la revisión de precios en la teoría del riesgo imprevisible desaparece con esta norma, pues se está más cerca, buscando analogías, del "factum principii".

El acuerdo aprobatorio de los índices no es recurrible en la vía contencioso-administrativa (artículo 9º DLRP). Sin embargo esta norma que excluye de la fiscalización jurisdiccional un acto administrativo, debe ser interpretada restrictivamente. El Tribunal Supremo - - -- ha admitido la impugnación contra acuerdos del Consejo de Ministros - - aprobatorios de índices mensuales, en cuanto se recurrían, no en su función estrictamente aprobatoria de dichos índices, sino como medio de -- enjuiciar otros aspectos contenidos en aquellos acuerdos. (33)

Por último, consignemos que la elaboración de los índices se produce siempre con notable retraso, por lo que el artículo 10 RRP, dispone que "los Organos de Contratación del Estado y de sus Organismos - autónomos podrán practicar liquidaciones provisionales de revisión con base en los últimos índices vigentes si los correspondientes al mes a - que se refiere la certificación parcial de obra no han sido publicados por el Boletín Oficial del Estado". Con todo, el contratista siempre sufre un quebranto porque siendo normalmente la tendencia del índice al - alza, los índices que se aplican provisionalmente están desfasados con respecto a la realidad del mercado en un momento en que se procede a la revisión.

IX.- CALCULO DE LA REVISION.-

Concretada la fórmula polinómica y existiendo índices de revisión aplicables, el cálculo de la revisión del precio estipulado se - sujeta a unas reglas que pasamos a exponer.

1.- Cuantía del contrato.- Sólo son revisables los contratos de obra cuya cuantía sea superior a 5 millones de pesetas (artículo 1º DLRP). Se excluyen, por consiguiente, de la revisión de precios, los contratos de cuantía inferior, pero como dice MORENO GIL (34) "no hay razón justificativa del importe escogido ni es consecuente con el deseo estabilizador de la ley" y añade que "el pequeño empresario es el más vulnerable a la acción de la inestabilidad monetaria, y como es él -- quien, por razón de capacidad económica, normalmente acude a los contratos exentos, es él quien soporta mayor daño al resultar excluido de los beneficios estabilizadores". Por ello, no resulta convincente la explicación que ha dado a veces el Consejo de Estado que, tras afirmar que ésta es la primera vez que se practica, dentro del contrato de obras, una discriminación en función del valor de la contrata, encuentra la -- justificación en lo que el mismo Consejo de Estado reconoce que es una redundancia, aunque sólo considere que es aparente, pues sostiene que -- la justificación reside "en la propia noción del valor", en este caso -- escasa, de las contratas que quedan excluidas" (35).

2.- Plazo del contrato.- "La inclusión de cláusulas de revisión en los pliegos referentes a contratos de obras cuya plazo de ejecución no exceda de seis meses, requerirá el previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa" (artículo 1º, párrafo 2º RRP). Tampoco tiene una justificación objetiva esta restricción que es quizás una secuela de la concepción compensatoria o indemnizatoria de la revisión de precios que pudo estar presente en las legislaciones anteriores pero no en la actual. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha dispensado de este plazo mínimo cuando éste se rebasa en la práctica por el tiempo que tarda la Administración en resolver la adjudicación -- del contrato. (36)

3.- Exención o franquicia de revisión.- Según el artículo 4º, apartado 1, DLRP, "todos los contratos se desarrollarán con arreglo a -- los precios convenidos en aquél, y, por tanto, no habrá lugar a revi- - sión cualquiera que sea la oscilación de los costos, hasta que se haya certificado, al menos, un 20 por 100 del presupuesto total del contrato, volumen de obra que no será susceptible de revisión.

Así pues, la parte del precio que corresponde al primer veinte por ciento de la obra contratada no es revisable. La justificación - de esta nueva restricción puede encontrarse, en principio, en el hecho de que ese porcentaje de obra se ejecuta cuando las oscilaciones de los costes puede que no sean muy sensibles. Sin embargo, esto se contradice en la realidad porque va siendo normal que los índices pongan de mani-- fiesto una tendencia al alza desde los primeros momentos del plazo contractual. Por otra parte, el porcentaje exento de revisión se establece como único cualquiera que sea el importe del presupuesto y esto determi-- na que los contratos de obras complejas y costosas sean más perjudica-- dos que las sencillas, pues en aquéllos se tardará más tiempo en ejecutar la parte de obra no revisable y estarán, por tanto, más expuestos a las oscilaciones de los precios.

La exención o franquicia de revisión plantea otras cuestio- - nes, alguna de ellas con solución en las normas aplicables, de las que damos cuenta seguidamente.

A) Modificaciones de la Obra.- Es normal que el presupuesto - inicial o presupuesto de adjudicación sufra variaciones durante la ejecución de la obra. Se plantea entonces la cuestión de cómo debe aplicarse la exención del 20 por 100. El DLRP nada decía al respecto, pero posteriormente el RRP dispuso que "en los contratos de obras que incluyan

cláusula de revisión y que resulten modificados por la aprobación de presupuestos adicionales, el contratista no tendrá derecho a aquélla - hasta que se haya certificado, al menos, un 20 por 100 del nuevo presu puesto total. Si al aprobarse el presupuesto adicional se estuviera -- aplicando la cláusula de revisión, ésta quedará en suspenso hasta que - la obra certificada vuelva a alcanzar un importe, a los precios primiti vos del 20 por 100 del nuevo presupuesto total".(artículo 7º RRP)

Esta norma resulta, sin embargo, incompleta, porque sólo - - contempla la modificación del presupuesto en más pero no en menos, su-- puesto este último en que por lógica el 20 por 100 exento de revisión - debe aplicarse al presupuesto una vez reducido, pues no se entiende que la proporcionalidad actúe sólo en una dirección, es decir, sólomente en los aumentos y no en las disminuciones del precio.

Esta laguna está en parte colmada por la Orden Ministerial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 10 de agosto de 1.971, pues ' sólo es aplicable a los contratos celebrados por este Departamento. En primer término, regula esta Orden, con más detalle, la aplicación de la exención en el caso de aumento del presupuesto, distinguiendo las si- - guientes hipótesis:

a) Si no se ha alcanzado el 20 por 100 del presupuesto de adjudicación, la revisión no tendrá efecto hasta haber certificado el 20 por 100 del presupuesto vigente.

b) Si se ha alcanzado el 20 por 100 del presupuesto de adjudi cación, pero no el 20 por 100 del vigente, se suspenderá la revisión -- hasta alcanzarlo y, en la primera certificación que se expida, se dedu- cirán las cantidades acreditadas por revisión en certificaciones ante-- riores.

c) Si se ha alcanzado un importe superior al 20 por 100 del presupuesto vigente, no se suspenderá la revisión y en la primera certificación que se expida se deducirán las cantidades acreditadas por revisión, correspondientes al período en que se ejecutó la fracción -- del presupuesto comprendida entre el 20 por 100 del de adjudicación y el 20 por 100 del vigente.

A continuación la Orden Ministerial establece para el caso de reducción del presupuesto que "en los contratos de obras que incluyan cláusulas de revisión que resulten modificados y que den lugar a disminución del presupuesto, la revisión se aplicará a partir del 20 por 100 del presupuesto vigente". Por presupuesto vigente debe entenderse el que resulte de la aprobación técnica y económica de la modificación o reformado del proyecto.

B) Suspensión de la obra.— Cuando se suspende la iniciación de la obra o cuando ésta se paraliza al poco tiempo de haberse comenzado, todo ello sin culpa del contratista, se desplaza en el tiempo el primer 20 por 100 de la obra que está exenta de revisión que por tanto se ejecuta más tarde. Esto es causa, normalmente, de un perjuicio económico para el contratista, que se ve en la necesidad de ejecutar esa parte de obra con unos costes más elevados, pues a medida que el tiempo -- transcurre se encarecen los elementos básicos que componen la obra. En estos casos de suspensión y cuando excede de una quinta parte del plazo o, en todo caso, si es superior a seis meses, el contratista tiene derecho a la indemnización del daño o perjuicio que pueda efectivamente sufrir (artículos 49 LCE y 148 RCE). Pues bien, entre los perjuicios posibles está ese retraso en la ejecución de parte de la obra exenta de revisión que se puede evaluar perfectamente. La Junta Consultiva de -- Contratación Administrativa ha considerado como daño indemnizable "el --

hecho de que el primer 20 por 100 del volumen de obra se desplazó en cuanto a su ejecución a un período ulterior al previsto en el programa de trabajo y, como consecuencia, habida cuenta de la tensión alcista de los precios, se produjo un encarecimiento en los costos en este porcentaje por encima de las previsiones iniciales" (37).

C) Contratos resueltos.— En principio la resolución o rescisión del contrato no afecta a la aplicación de la exención de revisión, salvo el caso en que aquélla venga motivada por una modificación del proyecto que determine una alteración del presupuesto superior al 20 por 100 en más o en menos. En estos casos el contratista o la Administración puede optar por la resolución del contrato según lo establecido en los artículos 52 LCE y 157 RCE. Si una u otra parte toman esta opción por haber aumentado el presupuesto en más del 20 por 100, la aplicación de la exención de revisión no se ve perturbada porque el aumento de obra no se llegue a realizar; en cambio, cuando la resolución se pide por haber quedado reducido el presupuesto en más del 20 por 100, se debería reajustar la exención de la revisión al precio final (reducido) que, por tanto, es siempre inferior al precio de adjudicación. Ese precio final o precio de liquidación es el que definitivamente quedará revisado y el que lógicamente se tendría que tomar en consideración para aplicar el 20 por 100 exento de revisión. Sin embargo, el Tribunal Supremo no lo ha entendido así, pues en la sentencia de 10 de mayo de 1.980 se mantiene la tesis de que "el presupuesto total del contrato," según expresión del artículo 4 D/LRP, es la cifra de adjudicación y la que adquiere significación jurídica, por lo que "lo revisable o no revisable hay que referirlo al presupuesto de adjudicación más los adicionales aceptados". En cambio, no considera la sentencia que puedan tomarse en consideración las disminuciones del presupuesto pese a lo establecido en la O.M. 13 marzo 1969 que estableció una regulación análoga a -

la de 10 agosto 1971, porque la sentencia estimaba que su legalidad -- era dudosa en cuanto que contradecía las normas del DLRP y RRP.

4.- Apertura de la revisión..- La ejecución de la parte de -- obra exenta de revisión no abre sin más la revisión del precio, pues -- "para que haya lugar a revisión será condición indispensable que el coe -- ficiente resultante de la aplicación de los índices de precios oficial- mente aprobados a las fórmulas polinómicas correspondientes a cada con- trato, sea superior a un entero, veinticinco milésimas (1,025) o infe-- rior a cero enteros novecientos setenta y cinco milésimas (0,975). A -- partir de tal situación se procederá a la revisión, restando o sumando al coeficiente resultante según sea superior o inferior a la unidad, - cero enteros veinticinco milésimas (0,025), obteniendo así el coeficient -- te aplicable sobre la parte de obra pendiente de ejecutar. En lo sucesiv -- vo se tendrán en cuenta cada mes sumándoles algebraicamente todos los - aumentos o disminuciones que resulten de la aplicación de los índices - oficiales de precios, siempre restando o sumando al coeficiente resul-- tante, según corresponda, cero enteros veinticinco milésimas (0,025), - para obtener el coeficiente aplicable.

Así pues, el precio revisable no sólo se reduce con la exen-- ción o franquicia ya estudiada sino que también se produce un quebranto en el momento de aplicar el coeficiente revisor. Es de cuenta del con-- tratista el 2,5 por 100 de los aumentos que se produzcan, quedando el - resto a cargo de la Administración. También resulta difícil justificar este ~~nueva restricción~~ de la revisión, pues a nuestro juicio no basta con decir que "es la expresión matemática del aumento de precios que se con -- sidera álea ordinario del contrato y que se dejan por tanto, en todo - caso a cargo del contratista" (38). Esta u otras análogas explicaciones corresponden a una idea de la revisión próxima a la indemnización que -

se concede para auxiliar al contratista perjudicado pero sin resarcirle íntegramente (doctrina del riesgo imprevisible), y por esto se considera que se produce una coparticipación en el riesgo. Sin embargo, - la cláusula de revisión de precios es un pacto por el que se ajusta o - estabiliza el precio inicialmente establecido con el fin de que el nominalismo monetario no sea obstáculo para que el precio se abone "en función de la importancia real de la prestación efectuada" (artículos 12 - LCE y 30 RCE). De aquí también que los índices oficiales, que sirven para integrar definitivamente el precio, deben reflejar "los cambios realmente producidos en el coste de la mano de obra y de los materiales" -- (artículo 5 RRP). Por consiguiente si el precio ha de respetar el principio del valor real de la prestación, no se comprende que su revisión, con esta finalidad, pueda quedar mermada poniendo un 2,5 por 100 a cargo del contratista. Y todo esto teniendo en cuenta, por otra parte, que los índices tampoco reflejan la realidad.

La operación matemática descrita en el apartado 2, del artículo 4 DLRP plantea todavía unas cuestiones que conviene precisar a con--tinuación.

A) Indices aplicables.- Ya se ha indicado que los índices suelen publicarse con retraso, por lo que se autoriza la aplicación de los índices vigentes si los correspondientes al mes a que se refiere la certificación parcial de obra no han sido publicados todavía, tal como se indica en el artículo 10 RRP y en el artículo 4º del Real Decreto de 30 de abril 1982, cuyo artículo 4º añade que "cuando hayan sido publicados los índices de precios que correspondan al mes a que se refería la certificación, se procederá a la regularización definitiva de aquella revisión provisional".

Pero aun resuelto este problema se plantea la cuestión de si el índice aplicable es el del momento en que se ejecuta la obra o el -- del momento en que ésta se certifica,

Pudiera pensarse que el índice aplicable es el del momento - en que se ejecuta la obra cuyo precio se revisa, estableciéndose así - una especie de simultaneidad entre la obra en ejecución y su valoración a precios de mercado. Esto supondría tener en cuenta el período de tiempo que se contempla en la relación valorada y no la fecha de ésta que - es posterior, ni tampoco, lógicamente, la fecha de la certificación. Es te criterio parece que está presente en el Decreto de 19 de diciembre - 1970 que aprueba el cuadro de fórmulas polinómicas, pues al indicar el significado de los símbolos señala para K_t el coeficiente teórico de la revisión para el momento de ejecución "t" y luego hace lo mismo para - los índices de coste de los diferentes componentes de la fórmula que -- los refiere al "momento de ejecución t".

Sin embargo este criterio es más económico que jurídico. Desde una consideración jurídica debe tener relieve el momento en que el precio se determina contractualmente. Ese momento no puede ser otro que el de la certificación de obra que, como veremos en su momento, es el documento contractual que recoge las operaciones necesarias para liquidar el importe que en concepto de a buena cuenta (y en su caso de liquidación) se abona al contratista. Este criterio que sustentamos se recoge, por otra parte, en la Orden Ministerial de 10 de agosto 1971, cuyo apartado 6.2. dice que "los coeficientes de aplicación a la certificación - se obtendrán de la siguiente forma: a) el coeficiente K_t se obtendrá al sustituir las letras de las fórmulas polinómicas por los valores de los índices correspondientes a los meses de licitación y de certificación".

B) Fecha de licitación.- El coeficiente de revisión se determina en cada momento haciendo referencia a la fecha de licitación (artículo 3º DLRP) y esta misma fecha se toma en consideración por el Decreto de 19 diciembre 1970 para establecer el índice de coste de cada componente de la fórmula polinómica en el momento subcero. Pero ¿qué se entiende por fecha de licitación?. La licitación no es en principio un acto único sino un proceso de actos, ya que la concurrencia de licitadores u ofertantes no se produce instantáneamente sino en el transcurso de un período de tiempo que va desde la presentación de la oferta hasta la apertura de la plica y subsiguiente adjudicación provisional o definitiva según los casos. Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación ha entendido a estos efectos que la fecha de licitación -- es la que haya sido señalada en el correspondiente anuncio como de aperturas de plicas y proposiciones, basándose en que el artículo 96 RCE señala que el anuncio de la licitación debe expresar entre otros requisitos el día, hora y lugar en que haya de celebrarse la licitación, y también en que el artículo 101 RCE establece que "en el lugar, día y hora señalados en el anuncio de la licitación, tendrá lugar el acto de apertura de las proposiciones económicas" (39). Evidentemente y como señala la propia Junta, la determinación de esta fecha tiene su trascendencia práctica, pues según se admitan como índices de referencia o a origen unos más próximos u otros más lejanos de la fecha de cada certificación revisable, el importe a percibir será menor o mayor.

C) Obras suspendidas.- Cuando las obras quedan suspendidas - por acuerdo de la Administración se plantea la cuestión de qué índices serán aplicables mientras aquéllas no se reanudan. En un principio se entendía que la paralización de la obra determinaba también la interrupción de la expedición de certificaciones de tal modo que a la primera - certificación que se formalizase una vez reanudada la obra se le debería

aplicar un coeficiente obtenido por la media aritmética de los coeficientes correspondientes a los meses en que la obra estaba paralizada. Así se disponía en la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 23 de marzo 1967. Sin embargo, este criterio fue modificado por la vigente - O.M. de 2 agosto 1971 cuyo apartado 6.7. excluye la aplicación de esa media aritmética cuando la obra está suspendida administrativamente. - Este criterio está generalizado porque la Orden del Ministerio de - -- Hacienda y Economía de 24 de noviembre de 1982 establece que "la certificación se despachará todos los meses, tanto si hay obra a acreditar como si no la hay, debiendo en este caso, aclararse las razones de la certificación de cuantía cero. En el caso de que las obras estuvieran formalmente suspendidas se hará constar esta circunstancia". Por consiguiente, es claro que al no interrumpirse las certificaciones, la primera que se expida, una vez que las obras se hayan reanudado, tendrá - que ser revisada con el índice del mes correspondiente a su fecha.

D) Exclusión del beneficio industrial y de otros conceptos.-

Según el artículo 3º DLRP las fórmulas polinómicas "se completarán con un sumando fijo, cuyo valor será el tanto por uno correspondiente a los gastos que han de permanecer invariables, como son la amortización e interés de las inversiones en maquinaria y medios auxiliares, el beneficio previsto y los costes correspondientes a elementos no básicos. Este sumando - fijo no podrá ser superior a cero enteros quince centésimas (0,15) y la suma de los tantos por uno de todos los sumandos en cada fórmula será - igual a uno". Por consiguiente se excluyen de la revisión esos factores que quedan fijados en un quince por ciento.

La exclusión de la revisión de los intereses de inversiones, y el coste de las amortizaciones no suele ser objeto de discusión, pues se considera válido el argumento de que responden a la propia organización económica y financiera de la empresa contratista y esto no puede -

ser trasladado a la otra parte (40). Por el contrario, se ha discutido mucho la no revisibilidad del beneficio industrial. ARIÑO ORTIZ (41) considera que debería revisarse este concepto, e incluso los gastos antes indicados porque las cantidades que se perciban por este concepto han de ser destinadas más tarde a reparación de material, inversión de maquinaria que queda inservible, amortización de capitales, etc. si no se aplica la revisión esas sumas resultarían insuficientes en su día para la reposición de un material o de unos medios financieros equivalentes a los empleados en la obra de que se trate. Y añade este mismo autor que la depreciación monetaria eleva los gastos generales y las reinversiones futuras que habría que atender con una buena parte del beneficio industrial. Por ello concluye señalando que su invariabilidad -- atribuye un daño emergente en el futuro.

Sin embargo, consideramos más acertada la postura contraria, que defiende la no revisión del beneficio industrial, pues está en consonancia con una concepción de la revisión de precios como verdadero -- precio y no como indemnización. A nuestro juicio esta posición está perfectamente explicada en el informe núm. 46, de 12 de junio de 1.964, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que se expresa en -- estos términos:

"La revisión no constituye una indemnización de daños y perjuicios que dé derecho al contratista, no sólo a la actualización de precios (daño emergente), sino además a la revisión del beneficio presunto, ya que constituye una medida -- del legislador para mantener estables los supuestos objetivos del contrato, dentro de los cuales no se halla el beneficio industrial.

Conviene a mayor abundamiento hacer algunas observaciones sobre la naturaleza del beneficio industrial. A este respecto debe citarse el artículo 3 del Decreto-ley de 4 de febrero de -- 1964, puesto que contiene, en términos de gran claridad, el

tratamiento que ha de recibir la partida de beneficios en los supuestos de revisión. Esta última disposición establece que las fórmulas polinómicas se completarán con un sumando fijo, cuyo valor será el tanto por uno correspondiente a los gastos que han de permanecer invariables y entre los cuales cita el beneficio previsto. Nótese cómo el beneficio del contratista queda al margen de la revisión por constituir un factor fijo del contrato y no supeditado al valor monetario del presupuesto, sino a las reglas genéricas del mercado empresarial. La revisión cumple su misión garantizando al empresario que le serán abonadas las elevaciones de precios que surjan en jornales y materiales, de manera que se mantengan estables las condiciones iniciales del convenio, pero constituiría un enriquecimiento sin causa que el beneficio se moviera al ritmo de los precios del presupuesto, pues tal proceder implicaría una plusganancia del empresario sin razón contractual ni fundamento jurídico. Si la cuota de beneficios calculada por el empresario al tiempo de la adjudicación se mantiene estable, el Estado ha culminado su deber dentro de la mecánica de revisión; si esta cuota de beneficios, que se ha mantenido estable, ha perdido su significación monetaria o poder adquisitivo al tiempo de terminar el contrato, no es por causa que quepa atribuir a éste como parte del contrato sino a razones económicas de tipo general, en cuyo caso la problemática se sitúa más allá de las fronteras del negocio jurídico revisado".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado esta doctrina al establecer que "cualquiera que sea el juego y el alcance que puede tener el beneficio industrial como factor integrado en la fórmula polinómica y como partida incluíble o no en el importe líquido de la obra, no puede en forma alguna sostenerse que le sea lícito girar el tanto por ciento de beneficio industrial sobre los precios ya revisados. (42).

X.- REVISION DE ACOPIOS E INSTALACIONES Y MAQUINARIA.-

El artículo 143 RCE faculta a la Administración para realisar los abonos a cuenta por operaciones preparatorias realizadas por el

contratista como acopios de materiales e instalaciones y equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, en las condiciones señaladas en -- los pliegos de cláusulas. Se plantea entonces la cuestión de cómo revisar estos pagos o abonos una vez acreditados en certificación, pues en principio la revisión sólo actúa respecto del precio correspondiente a la obra ejecutada.

Por lo que se refiere a los acopios debemos indicar que la -- cláusula 54 PCAG autoriza a pagar el 75 por 100 de su valor, incluyendo tal partida en la relación valorada mensual y teniendo en cuenta este -- adelanto para deducirlo más tarde del importe total de las unidades de obra en que quedan incluídos tales materiales.

De esta norma se desprende que los acopios de materiales se -- revisan siempre pues si no se anticipa su abono por separado, se revisa rán con la obra a la que quedan incorporados, y si se anticipa se revisa rán en ese momento, es decir, antes de que se empleen en la obra. Esto obliga al contratista a sopesar, en cada caso, el beneficio que le repor ta el anticipo de dinero correspondiente al acopio, con el posible per juicio que se le puede causar con la aplicación de un índice que será -- normalmente menor en el momento del anticipo que el que pueda aplicarse en el momento de la incorporación del material a la obra, habida cuenta la tendencia alcista de la revisión de precios.

También es posible efectuar abonos a cuenta por razón del -- equipo y de las instalaciones necesarias para la ejecución de la obra, si son propiedad del contratista, se hallan en disposición de ser utili zadas y dicha utilización ha de tener lugar en plazo inmediato de acuer do con el programa de trabajo (cláusula 55 PCAG). Es este un medio de -- financiar los trabajos del contratista que evita en gran parte el coste financiero de una inmovilización (43). A su vez, debemos distinguir --

dentro de estos bienes según tengan o no carácter recuperable, pues la O.M. de 10 de agosto 1971 admite la revisión sobre el importe del abono a cuenta por instalaciones no recuperables que se hayan incluido en la certificación mensual (artículo 6.5), mientras que no considera objeto de revisión los abonos en concepto de anticipo por adscripción a la - - obra de equipo e instalaciones recuperables.

Finalmente, los equipos de maquinaria o instalación cuando figuran como partida alzada para su abono íntegro al contratista por formar parte de la prestación a su cargo, se revisa de la misma forma que la obra ejecutada.

N O T A S

(1) Vid. ARIÑO ORTIZ, G. Ob. cit. "Teoría del equivalente económico". pp. 241 y ss.

(2) Ob. cit. "Doctrina de Contratos del Estado". p. 408.

(3) MORENO GIL O. "La revisión de precios en la contratación administrativa". Madrid 1980, p. 59.

(4) Puede verse una amplia exposición de estas teorías en ROCA SASTRE, R.M. "Estudios de Derecho Privado". Barcelona 1948. Tomo I, p. 240.

(5) Ob. cit. Tomo III, p. 72.

(6) Vid. VILLAR, BACHELOT, ROMERO. Ob. cit. p. 324.

(7) Ob. cit. Tomo III, p. 101.

(8) Ob. cit. Tomo III, p. 106.

(9) Vid. VILLAR, BACHELOT, ROMERO. Ob. cit. p. 329.

(10) Ob. cit. Tomo III. p. 119.

(11) La STS 25 junio 1981 resume las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia de esta forma: "Que expuesta la evolución legislativa, la resolución de la cuestión propuesta aún nos exige la previa determinación del régimen jurídico de la revisión de precios en la contratación de las Corporaciones Locales antes de la entrada en vigor del D. de 31 mayo 1974, dada la situación de la incertidumbre doctrinal existente, que ha permitido la adopción en diversas y contradictorias soluciones que, como ya declaró esta Sala en su S. de 21 de diciembre 1976, podían resumirse así: - 1º. Vigencia del artículo 57.1.e) del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales -tesis mantenida en las sentencias - del T.S. de 15 de enero 1971 (R.152), 12 y 13 de diciembre 1973 - (R. 5121) y 15 de abril 1974 (R. 1884)-. 2º. Vigencia del artículo 57.1.e) del citado Reglamento y aplicabilidad del D.Ley de 4 - de febrero de 1964. 3º. No vigencia del artículo 57. 1.e) del Reglamento aplicación subsidiaria del D.Ley 2/1964 y disposiciones complementarias; y 4º Vigencia del D. de 25 de febrero de 1955, - que suspendió la aplicación del ap. e) del artículo 57.1. del Regl. de Contratación, que es la tesis mantenida por la recurrente, y - la que sostienen las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de enero 1972 (R. 1) y 28 octubre 1974 (R. 4415).

(12) Vid. BOQUERA, J.M. "La revisión de precios de los contra-tos de obras de las Administraciones Locales". ANGULO GONZALEZ, M. A. "Revisiones de precios en los contratos de las Corporaciones - Locales". REV. núm. 175. 1972, pp. 489 y ss. RODRIGUEZ MORO, N. -

"Sobre la vigencia del artículo 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales en orden a la revisión de precios de las obras contratadas por aquéllas". REVL. núm. 175, pp. 545 y ss.

(13) Entre las Sentencias del Tribunal Supremo más recientes -- pueden indicarse las de 25 de abril de 1980, 22 de diciembre de 1980, 23 de enero de 1981 y 13 de abril de 1981.

(14) El carácter temporal o transitorio puede apreciarse en normas del pasado como son el Decreto de 31 de marzo de 1917 promulgado para compensar los aumentos extraordinarios de los materiales de construcción, como consecuencia de la primera Guerra Mundial; los Decretos de 26 de octubre de 1939 y 30 de julio de 1940 que autorizan compensaciones para corregir la inflación desatada por la guerra civil española y la segunda guerra mundial; y la Ley de 17 de julio de 1945 que quedó suspendida en 1955 por los Decretos de 13 y 25 de enero de ese año.

(15) Dictamen de 7 de enero de 1966 (Expte. núm. 34.540).

(16) Vid. GARCIA-ENTERRIA E., y T.R. FERNANDEZ. Ob. cit. "Curso de Derecho Administrativo" I, p. 633. ARIÑO ORTIZ, G. Ob. cit. -- "Teoría del Equivalente económico", p. 376.

(17) Ob. cit. p. 48.

(18) Ob. cit. p. 713.

(19) MORENO GIL, O. contrapone la "ley clausular" (el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964) a la que considera como verdadera "ley revisora", esto es, la norma que no actúa mediante una cláusula contractual sino por sí misma, como ocurrió con la generalidad de las disposiciones precedentes.

(20) Ob. cit. "Estudios de Derecho Privado". Tomo I, p. 251.

(21) Ob. cit. "Fundamento de Derecho Civil Patrimonial", p. 460.

(22) HIRSCHBERG, E. "Cláusulas de valor". RDP, Julio-Agosto 1980, pp. 274.

(23) HIRSCHBERG, E. "Cláusulas de valor indexadas". RDP, Julio-Agosto 1980, pp. 776.

(24) El Dictamen del Consejo de Estado de 13 de julio de 1971 - (Expte. núm. 37.669) dice respecto de la Resolución motivada que "se trata de un acto interno de la Administración que determina per se y necesariamente, la ineficacia de la cláusula de revisión".

(25) Informe núm. 29 de 16 de junio de 1972. También el Informe 18, de 2 de julio de 1976, contemplando el caso de una cláusula de revisión que aparece en la escritura pero no en el Pliego, dice lo siguiente: "La cuestión jurídica que se presente en el expediente sometido a consulta de esta Junta puede resumirse en los siguientes

términos: validez de la cláusula 5ª de la escritura de contrato, formalizada con fecha 10 de marzo de 1972, en la cual, dando por supuesto que el contrato tiene cláusula de revisión de precios, se prevé la fórmula polinómica aplicable al caso. Sin embargo, y esta es la circunstancia a ponderar, en el Pliego de Cláusulas -- que sirvió de base al contrato no lucía la cláusula de revisión -- expresa en los términos establecidos en el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero.

Se trata, por consiguiente, de fijar qué trascendencia jurídica -- encierra el hecho de que, con infracción del ordenamiento jurídico, se haga constar una cláusula de revisión en la escritura de -- contrato, sin que la misma traiga causa de lo estipulado en el -- Pliego.

Conviene recordar, en primer lugar, el alcance que en el sistema de contratación del Estado tiene la escritura pública, cuya solemnidad aparece exigida en los artículos 13 y 40 de la Ley de Contratos del Estado, por lo que se refiere al contrato de obras. Nada mejor a este respecto que transcribir el informe 47/1970 de -- esta Junta (núm. 66 de la Memoria en los años 1960-1971), que declara la improcedencia de alterar en la formalización del contrato las condiciones de la adjudicación:

"La formalización en escritura pública implica el simple reconocimiento del contrato administrativo preexistente, que -- se perfecciona en el momento de la adjudicación o aprobación del mismo por el Organo competente. Se trata de revestir con las solemnidades de la escritura pública (art. 1279 del Código Civil) un negocio perfecto ya celebrado, y no es admisible, por tanto, que la escritura pública se desvíe de los -- pactos contenidos en la resolución administrativa que se adjudica el contrato, pues ello significa, como establece el -- artículo 1.224 del Código Civil, una novación del mismo".

En efecto, el vínculo contractual propiamente dicho dimana, con -- carácter general, de lo previsto en el Pliego de Cláusulas particulares, complementado por el Pliego general, y adquiere su virtualidad jurídica a través del acto de aprobación. Por lo que se refiere a las cláusulas de revisión de precios, su eficacia estriba, según establece de forma expresa el artículo 1º del Decreto-ley -- 2/1964, de 4 de febrero, en el requisito de su inserción en el -- Pliego que sirve de soporte al contrato. La ausencia de este trámite no puede subsanarse incorporando la cláusula en cuestión a -- la escritura de formalización, ya que este documento no puede desvirtuar la relación contractual ya consumada.

¿Qué alcance tiene entonces la cláusula incluida en la escritura pública?. Ante esta contradicción entre el Pliego y la escritura de contrato es obvio, por lo expuesto más arriba, que debe concederse indiscutible primacía al primer documento para fijar la voluntad de la Administración y, en definitiva, de las partes. En -- consecuencia, que el contrato de referencia carecía de cláusula -- expresa de revisión de precios (ya que el artículo 3º del Pliego tipo que respaldaba a la adjudicación exigía el cumplimiento de --

los requisitos legales para estos casos, que, evidentemente, no fueron cumplidos en el procedimiento) y la declaración de la escritura debe reputarse un mero error formal del documento material sin alcance jurídico".

(26) Dictamen de 23 de diciembre de 1971 (Expte. núm. 37.850).

(27) Dictamen de 9 de diciembre de 1971 (Expte. núm. 37.831).

(28) Dictamen de 13 de julio de 1971 (Expte. núm. 37.669).

(29) STS 24 noviembre 1980 y Dictamen de 22 de abril de 1971 -- (Expte. núm. 37.403).

(30) Informe núm. 20, de 7 de julio de 1967.

(31) Art. 32. O.M. 10 agosto 1971.

(32) El Comité Superior de Precios de Contratos del Estado está presidido por el Presidente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, o en su defecto por el Vicepresidente, y forman parte del mismo, como Vocales, un representante de los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, designado por el Alto Estado Mayor, y de los de Obras Públicas, Educación Nacional, Trabajo, Industria, Agricultura, Comercio y Vivienda, designados por los respectivos Ministros; dos representantes del Ministerio de Hacienda, designados por el Presidente de la Junta; un representante del Instituto Nacional de Estadística, designado por el Director del referido Instituto; dos representantes del Sindicato Nacional de la Construcción, designados por el mismo, y el Secretario, que lo será el de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

(33) Sentencias de 21 de junio de 1978, 19 diciembre 1979, 1 de diciembre 1980. Estas sentencias enjuician algunos problemas suscitados con ocasión de la publicación del Decreto-Ley de 17 de -- noviembre de 1975 que modificó la redacción del artículo 5 RRP, -- según se ha indicado en el texto.

(34) Ob. cit. pp. 143

(35) Dictamen de 12 de julio de 1974 (Expte. núm. 38.736).

(36) Informe núm. 15, de 22 de noviembre de 1975.

(37) Informe núm. 29 de 24 de septiembre de 1975. Confirmado en el Informe núm. 44/79.

(38) ARIÑO ORTIZ, G. Ob. cit. "Teoría del equivalente económico" p. 388.

(39) Informe núm. 32, de 29 de septiembre de 1978.

(40) Vid. MONTERO GIL, O. cit. p. 140.

(41) Ob. cit. "Teoría del equivalente económico", pp. 390.

(42) STS 16 octubre 1979 y 17 marzo 1980.

(43) Vid. VILLAR PALASI, J.L. "Apuntes de Derecho Administrativo". Tomo II, pp. 414.

CAPITULO UNDECIMO
=====

EL PAGO DEL PRECIO

I.- SUJETOS DEL PAGO.-

La Administración está obligada a pagar al contratista una suma de dinero en concepto de precio. El pago libera a la Administración de su obligación principal y constituye el último acto de cumplimiento del c.o.p. que quedará de este modo extinguido (artículos 51 -- LCE y 156 RCE).

Son pues sujetos del pago, la Administración obligada a efectuarlo y el contratista que tiene derecho a recibirlo. Sin embargo, esta dualidad de sujetos se hace más compleja cuando respecto de uno u -- otro, o de ambos a la vez, aparecen otros sujetos con intervención en el momento del pago y del cobro del precio.

Por lo que se refiere a la Administración pagadora puede suceder que otros entes administrativos participen en el pago como consecuencia de que exista una financiación compartida. En estos casos la -- Administración sigue siendo la obligada al pago del precio frente al -- contratista, sin que éste tenga, por tanto, ninguna relación contractual con el ente cofinanciador.

Las normas administrativas no ofrecen una solución a las cuestiones que suscita esta modalidad del pago. El artículo 84 RCE contiene una norma dirigida a asegurar en el momento de la gestación del contrato la existencia de crédito suficiente para pagar posteriormente el precio. Dice este artículo que "En las obras cuya financiación haya de realizarse con aportaciones de distintas procedencias, además de las pre--

supuestarias deberá acreditarse en el expediente la plena disponibilidad de todas aquéllas mediante los documentos vinculantes que según los casos resulten oportunos. Deberá figurar igualmente el orden de abono -- de las distintas aportaciones, de tal forma que el crédito presupuestario del Estado no sea el primero en utilizarse, salvo casos muy justificados. Los mayores gastos de la obra sobre el presupuesto de adjudicación se abonarán en proporción a las respectivas aportaciones, salvo -- que otra cosa se haya establecido . El órgano de contratación velará -- cerca de los otros entes cofinanciadores para que el adjudicatario perciba íntegramente el precio del contrato, así como sus adicionales y revisiones".

Este deber de diligencia que el RCE impone a la Administración para que el contratista perciba íntegramente el precio no puede interpretarse en el sentido de que la Administración sólo tenga ese deber y no el de pagar efectivamente. La Administración sigue siendo la única obligada al pago, y la relación con el ente cofinanciador hay que explicarla a través de la figura de la delegación en el pago.

Efectivamente el ente cofinanciador es un tercero en el pago que interviene en virtud del convenio que le vincula con la Administración, siendo este convenio el que da causa a la delegación o mandato de pago.

En virtud de esta delegación o mandato unido al pacto inserto en el c.o.p., el contratista está obligado a aceptar el pago procedente del ente cofinanciador aunque sea un pago parcial y no liberatorio. Efectivamente, el pago realizado por el ente cofinanciador tiene carácter -- satisfactorio del crédito pero no es liberatorio para la Administración (1). Por ésto, la Administración sigue siendo, a pesar de la delegación

en el pago, la única responsable del pago del precio hasta que sea satisfecho en su integridad y, por consiguiente, ella es también responsable, frente al contratista, por la mora en el pago en que pueda incurrir el ente cofinanciador.

La jurisprudencia ha admitido esta situación jurídica entre las partes, en la medida en que no considera que debe existir un litis consorcio pasivo necesario entre la Administración contratante y el ente cofinanciador cuando aquélla es demandada en reclamación del precio, pues se considera que aquélla está legitimada pasivamente simplemente por su condición o parte en el contrato (STS 15 junio 1974) e igualmente condena a la Administración al pago de una indemnización por mora -- sin tener en cuenta el pacto interno con el ente cofinanciador (STS 27 septiembre 1974).

Por lo que se refiere a la posición del contratista destinatario del pago también pueden aparecer otros sujetos como consecuencia de la transmisión o pignoración de su crédito (cuestión esta que estudiaremos cuando nos ocupemos más adelante de la transmisión de certificaciones) o porque se haya producido la cesión del contrato, en cuyo caso el cesionario se subroga en las obligaciones (ejecución de la obra) y en los derechos (cobro del precio).

II.- PAGOS PROVISIONALES.-

Por principio general, la Administración sólo debe pagar el precio cuando la obra ha sido terminada y más exactamente cuando ha sido aceptada y recibida por ella. Esto es consecuencia de la naturaleza -- jurídica del c.o.p., que como contrato de resultado sólo genera la obligación de pagar el precio cuando el contratista ha cumplido con la pres

tación a su cargo. A esta consideración puramente teórica hay que añadir la exigencia de las normas contables por las que se rige la Administración y que le imponen la prohibición de pagar si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación, como así dice el artículo 43 LGP, apartado 2.

Sin embargo, la ejecución de las obras públicas requiere normalmente la inversión de grandes sumas de dinero, que los contratistas difícilmente podrían realizar si tuviesen que esperar hasta el final de la obra para recibir el precio pactado. Por otra parte, si el contratista tuviese que acudir a la financiación de terceros, se produciría un coste que trataría de repercutirlo en el precio con el consiguiente encarecimiento de éste en perjuicio de la Administración. Para evitar estos inconvenientes se establece un sistema de pagos provisionales o a buena cuenta del precio, que como dice VILLAR PALASI (2) están inspirados en la misma finalidad de otras técnicas que procuran mantener el equivalente económico del contrato y constituyen una vía indirecta de remuneración económica del contratista.

Característica de estos pagos es su provisionalidad, pues solamente cuando se pueda medir y valorar toda la obra ejecutada, podrá establecerse exactamente el precio final al que tiene derecho el contratista. Consecuencia lógica de esta provisionalidad es que el pago que así se hace no puede implicar nunca aceptación definitiva de la obra cuya valoración se ha tomado en consideración para efectuarlo. Estas notas están claramente recogidas en el párrafo 2º del artículo 142 RCE, al decir que "los bonos al contratista resultantes de las certificaciones expedidas tienen el concepto de pagos a buena cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin su poner en forma alguna aprobación y recepción de las obras que correspondan".

Con estas premisas sentadas vamos a estudiar seguidamente los pagos que puede realizar la Administración en el curso de la obra siguiendo el orden en que se producen normalmente los hechos, es decir, - empezaremos por estudiar lo que podemos llamar financiación de las operaciones preparatorias y auxiliares, como son los acopios y anticipos - de maquinaria y otros medios, para después entrar en el análisis de la valoración y pago de la obra en curso, los pagos por revisión de precios y las liquidaciones que al concluir la obra han de practicarse.

III.- FINANCIACION DE OPERACIONES PREPARATORIAS.-

La rigidez presupuestaria del gasto público se ha venido flexibilizando para hacer posible que el contratista obtenga un cierto volumen de financiación antes de emprender la obra, pues con ello no sólo - se beneficia él, sino la propia Administración, que no soportará la repercusión de los costes financieros de algunas actividades preparatorias en la medida en que ella facilite al contratista numerario para poder - realizarlos.

En el Derecho francés existe la posibilidad de que el contratista obtenga un anticipo ("avance forfaitaire") de un 5 por 100 del -- precio correspondiente a la obra que se prevé ejecutar en el primer año (artículo 154 del Code des Marchés Publics). Además se regulan anticipos para la realización de instalaciones, adquisición o fabricación de materiales, maquinaria y utillaje necesarios para la ejecución de los trabajos, acopios; e incluso en atención a las circunstancias económicas generales o las particulares del contrato (instalaciones especiales, acopios importantes, etc.) se prevé un anticipo de puesta en marcha de la obra ("avance de démarrage"), cuyo máximo se fija en un 15 por 100 del precio inicial del contrato.

Nuestro Derecho vigente se aproxima a las soluciones del país vecino, distando mucho de la regulación del Pliego de 1903, que sólomente admitía el abono de las tres cuartas partes del valor de los materiales acopiados si estaban a pie de obra (condición 33). En cambio, el artículo 143 RCE dice: "La Administroción podrá verificar también abonos o cuenta por operaciones preparatorias realizadas por el contratista, - como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, en las condiciones señaladas en los pliegos de cláusulas, debiendo aquélla adoptar las medidas convenientes para que - queden previamente garantizadas los referidos pagos mediante la prestación de aval, conforme al artículo 370 de este Reglamento, por el importe de aquéllos".

Hacemos notar que este artículo regula la financiación por -- la Administración de las operaciones preparatorias realizadas por el -- contratista, siendo "ad exemplum" la referencia que hace a los materiales, equipos de maquinaria pesada e instalaciones. Por consiguiente los pliegos particulares de cada obra pueden perfectamente prever abonos a cuenta de otras actividades preparatorias ponderando la naturaleza de la obra, al elevado coste de su puesta en marcha ("demarrage"), etc.

1. Anticipo por acopio de materiales..- La cláusula 54 PCAG -- regula los abonos por acopios de materiales mejorando la solución del - Pliego de 1.903, al no exigir el requisito de que los materiales tengan que estar a pie de obra. Según esta cláusula "cuando no haya peligro de que los materiales recibidos como útiles y almacenados en la obra o en los almacenes autorizados para su acopio sufran deterioro o desaparezcan, se podrá abonar al contratista hasta el 75 por 100 de su valor, -- incluyendo tal partida en la relación valorada mensual y teniendo en --

cuenta este adelanto para deducirlo más tarde del importe total de las unidades de obra en que queden incluidos tales materiales. Para realizar dicho abono será necesario la constitución previa del correspondiente aval, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de Contratación. Salvo lo que establezca el pliego de prescripciones particulares, el Director apreciará el riesgo y fijará el porcentaje correspondiente.

2. Anticipo por instalaciones y equipos.- La necesidad de este anticipo es mucho más clara que la de los materiales, pues mientras éstos pueden ir suministrándose a medida que avanza la obra, las instalaciones y equipos de maquinaria han de estar, casi siempre, presentes en la obra desde los comienzos hasta su terminación, lo que obliga a tener inmovilizada una importante inversión. El contratista -dice el artículo 28 PCAG- queda obligado a aportar a las obras el equipo de maquinaria y medios auxiliares que sea preciso para la buena ejecución de -- aquéllas en los plazos parciales y totales convenidos en el contrato.

En el caso de que para la adjudicación del contrato hubiese sido condición necesaria la aportación por el contratista de un equipo de maquinaria y medios auxiliares concreto y detallados, el Director -- exigirá aquella aportación en los mismos términos y detalle que se fijaron en tal ocasión.

El equipo quedará adscrito a la obra en tanto se hallen en -- ejecución las unidades en que ha de utilizarse, en la inteligencia de -- que no podrá retirarse sin consentimiento expreso del Director y debiendo ser remplazados los elementos averiados o inutilizados siempre que -

su reparación exija plazos que aquél estime han de alterar el programa de trabajo.

Cada elemento de los que constituyen el equipo será reconocido por la Dirección, anotándose sus altas y bajas de puesta en obra en el inventario del equipo. Podrá también rechazar cualquier elemento que considere inadecuado para el trabajo en la obra, con derecho del contratista a reclamar frente a tal resolución ante la Administración en el - plazo de diez días, contados a partir de la notificación que le haga por escrito el Director.

El equipo aportado por el contratista quedará de libre disposición del mismo a la conclusión de la obra, salvo estipulación contraria.

Los abonos a cuenta de instalaciones y equipos, al igual que el de los materiales, es facultativo de la Administración, lo cual resulta contradictorio con el fin que estos anticipos persiguen y que, a la postre, sólo redundan en bien de la obra. La cláusula 55 PCAG es por esto censurable al empezar diciendo que "podrán considerarse abonos a buena cuenta". La concesión es siempre a petición expresa del contratista, el cual ha de acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos: "a) que acredite la propiedad de las instalaciones y equipo de que se trate; b) que se comprometa por escrito a destinar exclusivamente a la obra la instalación o equipo de que se trate, y a no retirarlos hasta tanto que sea autorizado para ello por el Director; c) que haya presentado un programa de trabajo con indicación expresa de las instalaciones y equipos necesarios en cada una de las fases de la ejecución de la obra; d) que, a juicio del Director, resulten los mismos apropiados al fin a que se destinan en número, calidad, características y estado de -

conservación; y e) que cada uno de sus elementos esté descrito detalladamente e identificado y valorado contradictoriamente en el acta correspondiente suscrita por el contratista y el Director".

Además, el párrafo primero de la cláusula exige que los equipos e instalaciones deban ser utilizados en plazo inmediato, de acuerdo con el programa de trabajo y la prestación de aval bancario, en los términos que enseguida veremos.

Los abonos a cuenta por instalaciones y equipos se fijan discrecionalmente por el Director con dos limitaciones que señala la cláusula 55:

"Primera.- El valor de las instalaciones y equipo afectado -- por los porcentajes siguientes:

	<u>Porcentaje</u>
- Vías de comunicación	100
- Edificios para oficinas de obra, talleres y laboratorios	100
- Pabellones temporales para obreros..	90
- Instalaciones de abastecimiento y -- distribución de aguas, saneamiento, suministro de energía, telefónicas, etc.	80
- Otras instalaciones	70
- Maquinaria pesada	60

Segunda.- El importe emortizable en la fase considerada de -- la obra de dichas instalaciones y equipos."

La redacción de la segunda limitación es de escasa fortuna, pues parece querer decir que se ha de tener en cuenta la amortización -- de la instalación correspondiente a la parte o fase de la obra en que -- dicha instalación entra en juego, siendo así que habrá instalaciones o equipos de utilización continuada y no por fases.

Al reintegro de los abonos a cuenta por instalaciones y equipos se refiere la cláusula 56 PCAG disponiendo que "el reintegro de los abonos a cuenta concedidos sobre las operaciones preparatorias a que se refiere la cláusula anterior se efectuará deduciendo de las certificaciones de obra ejecutada, expedidas a partir de la fecha de la concesión de aquéllas, un porcentaje del importe de las mismas, que fijará el Director de modo que permita el reintegro del abono a cuenta antes de terminarse la obra y que, por lo tanto, será superior al tanto por ciento que el abono a cuenta represente sobre el resto de la obra que falte por ejecutar en la fecha de la concesión. Con posterioridad, la Dirección podrá acordar que estos reintegros se cancelen en menor período de tiempo, cuando las circunstancias así lo aconsejen. Las deducciones en las certificaciones para estos reintegros son totalmente independientes de otros descuentos que pudieran efectuarse sobre aquéllas por cualquier concepto. En caso de resolución del contrato será inmediatamente exigible el reintegro total del abono a cuenta concedido, cualquiera que sea la causa de aquélla".

3. Garantías.— El artículo 143 RCE obliga a la Administración a que adopte las medidas convenientes para garantizar los abonos a cuenta por operaciones preparatorias realizadas por el contratista, mediante la prestación de aval, por el importe de aquéllos y de conformidad con el artículo 370, esto es, prestado por un Banca oficial o privado, inscrito en el Registro General de Bancas y Banqueros, o por Mutualidades profesionales constituidas al efecto y por entidades de seguros sometidas a la Ley de 16 de diciembre de 1959. Estos avales siguen el régimen general propio de estas garantías reguladas en los artículos 370 a 379 RCE, con las particularidades que ahora examinaremos.

En el caso de abonos a cuenta por materiales acopiados, la --

cláusula 54 PCAG establece que la particularidad consiste en que, salvo que el pliego de prescripciones particulares disponga otra cosa, el Director es quien aprecia el riesgo a cubrir y fija el porcentaje que ha de quedar avalado.

Cuando se trata de abonos a cuenta de instalaciones y equipos, la cláusula 57 PCAG establece que "los avales cuya prestación obedezca a abonos a cuenta por instalaciones o equipos se constituirán o favor -- del Jefe del Servicio al que está adscrita la obra, debiendo cumplirse los requisitos señalados en los artículos 370 a 378 del Reglamento General de Contratación, y se depositarán en la Caja General de Depósitos o en alguna de sus sucursales, a disposición de aquél. Cuando haya de procederse contra un aval que garantice un obono a cuenta, la entidad avalista correspondiente queda obligada a ingresar en metálico en la Caja General de Depósitos y a disposición del Jefe señalado en el párrafo -- anterior el todo o la parte que proceda de la cantidad garantizada en -- el plazo de quince días, contados desde la fecha de recibo de la oportuna notificación. Las comisiones, intereses y demás gastos que se produzcan con ocasión de la expedición de los avales para estas operaciones, serán de cuenta del empresario avalado".

La cancelación de todos estos avales se efectúa a petición -- del contratista a medida que vayan teniendo lugar las deducciones para el reintegro de los abonos o cuenta percibidos, siempre que tales deducciones tengan una cuantía por lo menos igual al importe de la garantía que se pretende cancelar. Las cancelaciones se acuerdan por el Jefe del Servicio a que está adscrita la obra, previo informe favorable del Di--rector (cláusula 58 PCAG).

IV.- ABONO DE LA OBRA EN EJECUCION.-

El contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, según dicen los artículos - 47 LCE y 142 RCE (3). Como ya dijimos más arriba la Administración facilita la financiación de la obra mediante pagos a cuenta del precio de finitivo. La realización de esos pagos está sujeta a un procedimiento - integrado por tres momentos: la medición de la obra, su valoración y su certificación.

1. Medición de la obra.- La medición de la obra no es una pura operación aritmética de fijación de las unidades realizadas según el tipo establecido, sino que tiene el alcance de una verdadera comprobación o constatación (4) de las prestaciones realizadas por el contratista en un determinado período de tiempo. De acuerdo con el artículo - 66 RCE son los pliegos de prescripciones técnicas particulares los que han de detallar la forma de medición, en la que entrarán en juego normas o criterios de carácter puramente técnico. Pero además la medición se caracteriza por ser una actuación unilateral de la Administración y por tanto no contradictoria. Como dice la cláusula 45 PCAG es la Dirección quien debe realizar mensualmente y en la forma que establece el -- pliego de prescripciones técnicas particulares, la medición de las unidades de obra ejecutada durante el período de tiempo anterior. El contratista o su delegado sólo pueden presenciar la realización de tales mediciones.

Otra característica de esta operación es que se efectúa a iniciativa de la Dirección de obra, estableciéndose únicamente en la citada cláusula 45 PCAG que "para las obras o partes de obra cuyas dimensiones y características hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas,

el contratista está obligado a avisar a la Dirección con la suficiente antelación, a fin de que ésta pueda realizar las correspondientes mediciones y toma de datos, levantando los planos que los definan, cuya -- conformidad suscribirá el contratista o su delegado. A falta de aviso anticipado, cuya existencia corresponde probar al contratista, queda -- éste obligado a aceptar las decisiones de la Administración sobre el -- particular.

2. Redacción de la relación valorada.— La relación valorada -- junto a la certificación a la que nos referiremos después, es el documento que integra la que podríamos llamar contabilidad de obra. En este documento se recoge por una parte el resultado obtenido con las operaciones de medición mensual y, por otra parte, se aplican los precios a las unidades que se hayan ejecutado durante el período mensual. Según -- la cláusula 46 PCAG la Dirección debe redactar mensualmente la relación valorada de la obra realizada al origen y además establece que no se -- puede omitir la redacción de este documento por el hecho de que, en algún mes, la obra realizada haya sido de pequeño volumen o incluso nula, a menos que la Administración hubiese ordenado la suspensión de la obra. Es lógico que se imponga la obligación de redactar la relación valorada en los casos en que la obra es nula o escasa porque ese documento sirve a la Administración no solamente para poder efectuar pagos a cuenta sino también para controlar el curso de la obra desde el punto de vista económico, especialmente cuando se refiere a las mediciones establecidas -- en el presupuesto, que deben ser controladas para que no rebasen los lí mites legales que pueden llevar a una modificación del precio.

Los precios que se aplican a las unidades de obra constatadas son los de ejecución material que figuran en letra en el cuadro de precios unitarios del proyecto para cada unidad de obra, así como los que

se hayan establecido para nuevas unidades no previstas en el contrato y que se hayan debidamente autorizado. Además también se tiene que tener en cuenta la cláusula 44 PCA sobre el abono de obras defectuosas que pueden implicar una reducción de los precios y las referentes a materiales acopiados y equipos puestos en obra, anteriormente estudiados. Por último, existen reglas especiales sobre el abono de las partidas alzadas a las que nos referimos a continuación.

Las partidas alzadas, como ya sabemos, pueden ser a justificar y de abono íntegro.

Las partidas alzadas a justificar, esto es, las susceptibles de ser medidas en todas sus partes en unidades de obra con precios unitarios, se abonan a los precios de la contrata, con arreglo a las condiciones de la misma y al resultado de las mediciones correspondientes. Cuando los precios de una o varias unidades de obra de las que integra una partida alzada a justificar, no figuren incluidos en los cuadros de precios, se procede conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 150 RCE, esto es, se han de establecer precios contradictorios entre la Administración y el contratista (cláusula 52 párrafos 3º y 4º PCAG).

Para que la introducción de los nuevos precios, determinados reglamentariamente, no se considere modificación del proyecto, deben -- cumplirse conjuntamente dos condiciones que señala la cláusula 52 PCAG.

1º.- Que la Administración contratante haya aprobado, además de los nuevos precios, la justificación y descomposición del presupuesto de la partida alzada.

2º.- Que el importe total de dicha partida alzada, teniendo -

en cuenta en su valoración tanto los precios incluidos en los cuadros de precios como los nuevos precios de aplicación, no exceda del importe de la misma figurado en el proyecto.

Las partidas de abono íntegro se abonan al contratista en su totalidad, una vez terminados los trabajos en obra a que se refieren, de acuerdo con las condiciones del contrato y sin perjuicio de lo que el pliego de prescripciones técnicas particulares pueda establecer respecto de su abono fraccionado en caso justificado (párrafo 5º de la cláusula 52 PCAG).

Cuando la especificación de los trabajos en obras constitutivo de una partida alzada de abono íntegro no figure en los documentos contractuales del proyecto, o figure de modo incompleto, impreciso o insuficiente a los fines de su ejecución, se estará a las instrucciones que a tales efectos dicte por escrito la Dirección, contra las cuales podrá alzarse el contratista, en caso de disconformidad, en la forma -- que establece el artículo 136 RCE, para resolver las incidencias entre la Administración y el contratista (párrafo 6º de la cláusula 52 PCAG).

La aplicación, pues, de los precios de ejecución material a las unidades de obra ejecutada, más en su caso los que se hayan fijado contradictoriamente, más el importe de posibles acopios y maquinaria y, por último, de las partidas alzadas, es el que permite obtener la relación valorada mensual en base a la cual se expedirá después la correspondiente certificación.

3. Certificación de obra. Naturaleza. -- Una vez redactada la relación valorada se procede a expedir la certificación de obra. Según dice el artículo 142 RCE, párrafo segundo, "a los efectos del pago, la

Administración expedirá mensualmente certificaciones que correspondan a la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, salvo que se establezca otra cosa en el pliego de cláusulas administrativas particulares". Y la cláusula 47 PCAG añade, por su parte, que "las certificaciones se expedirán tomando como base la relación valorada y se tramitará por el Director en los diez días del período a que corresponden".

¿Qué clase de documento es la certificación de obra?

El Consejo de Estado ha declarado que "la certificación es el título jurídico que legitima al contratista a hacer efectivos los derechos económicos derivados del pago de su prestación" (5). Idea sumamente amplia que conviene precisar, pues debemos saber qué clase de título es la certificación y qué efectos jurídicos se producen con su creación y entrega.

En primer lugar, debemos señalar que la certificación de obra es un documento administrativo de naturaleza contable. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1.980 "estas certificaciones son piezas integrantes del mecanismo procedimental y contable -- propio de la contratación" (la administrativa). También dice BEZZI (6), "el certificado de obra no es un medio u orden de pago, por lo que no importa su pago. Es un instrumento fehaciente con el cual se acredita el monto de la obra cuya existencia la Administración ha verificado y mensurado y el "quantum" del crédito en favor del empresario. Es el antecedente inmediato de la orden de pago estatal".

En segundo término, la certificación de obra acredita entregas provisionales o a cuenta del precio definitivo. El artículo 142 -- RCE dice que este documento se expide "a efectos del pago". Sin embargo

no se trata de pagos de parte del precio con fines liberatorios, pues - el mismo precepto indica que "los abonos al contratista resultantes de las certificaciones expedidas tienen el concepto de pagos a buena cuenta sujetas a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna aprobación y recepción de las obras que corresponde" (7).

La jurisprudencia también destaca el carácter provisional o - a buena cuenta, señalando que "el contratista no tiene en verdad derecho al pago hasta el momento de la recepción definitiva, ni los pagos parciales hechos por la Administración con anterioridad tienen carácter definitivo, sino sólo a cuenta de la liquidación final que corresponde, por lo que se los llama "pagos a buena cuenta" (8). Por lo mismo, la jurisprudencia también declara que "la certificación aprobada no constituye un documento definitorio de derecho alguno, sino la justificación de una entrega parcial "a buena cuenta" y con las reservas pactadas para la recepción definitiva (9).

Ciertamente el derecho al precio definitivo no nace de la certificación mensual, ni la misma, por su provisionalidad, puede determinar o cuantificar ese derecho. De esta consideración se deriva también una importante consecuencia que la jurisprudencia ha puesto de relieve, como es que estos documentos pueden ser modificados o anulados por la Administración directamente sin necesidad de declararlos lesivos por no ser de aplicación el principio de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos (artículos 110 LPA, 369 LRL y 36 LJCA) (10).

4. Clases de certificaciones.- La certificación de obra a cuenta del precio es la certificación normal, llamada también ordinaria, pero el mismo tipo de documento admite variantes por su relación al presu-

puesto con cargo al cual se libra o por servir para pagar el saldo de la liquidación final. La Orden de 20 de abril 1959 (MOPU) al tiempo que estableció el modelo de certificación de obra, distingue como tipos de certificaciones: Certificación "ordinaria" que se define como la certificación normal expedida a cargo de la anualidad en curso reservada para la obra considerada; "Certificación anticipada" o la certificación normal expedido a cargo de anualidades comprometidas para ejercicios -- futuros; certificación de "saldo de liquidación", los que responden a su propio título; certificación "complementaria", la que corresponde a revisiones o modificaciones de precios debidamente aprobados; y certificación "complementaria a cuenta", aquella complementaria que haya podido ser expedida en relación con un futuro adicional (artículo 30 O. cit).

Salvo la certificación de liquidación, todas las demás tienen la misma naturaleza de documento contable acreditativo de un pago provisional a cuenta.

5. Tramitación de certificaciones..- Las certificaciones se expiden tomando como base la relación valorada y se tramita por el Director en los siguientes diez días del período que corresponda (cláusula 47 PCAG). La Dirección de obra tiene, pues, la iniciativa de la tramitación de la certificación. Al contratista sólo se le concede un trámite de audiencia que no paraliza el curso de la certificación. Según la -- cláusula 48 PCAG "en la misma fecha en que el Director tramita la certificación remitirá al contratista una copia de la misma y de la relación valorada correspondiente, a los efectos de su conformidad o reparos, -- que el contratista podrá formular en el plazo de quince días, contados a partir del de recepción de los expresados documentos". Luego, esta misma cláusula dispone para el caso de silencio del contratista que "pasado este plazo, ambos documentos se considerarán aceptados por el contratis

ta como si hubiera suscrito en ellos su conformidad".

Aquí cabe plantear cuál es el significado de esa conformidad del contratista a la certificación, prestada bien de forma expresa o bien de manera tácita. A nuestro juicio, no debe olvidarse que la certificación no acredita más que un pago provisional o a cuenta que sólo con la liquidación definitiva se hace irrevocable. Por tanto, la conformidad a la certificación no tiene otro sentido que permitir depurarla de posibles errores contables con lo que en su día se practicará la liquidación más fácilmente. Según esto, no se podrá alegar la conformidad del contratista para negarle ulteriores reclamaciones, considerando que aquélla puede dar lugar a un acto firme o consentido (11).

Cuando el contratista formula reparos a la certificación, su tramitación se detiene, pues únicamente se tienen en cuenta para hacer las subsanaciones apreciadas por él si la Administración lo estima procedente. El contratista puede formular todo tipo de reparos referentes a errores o inexactitudes en la calidad o cantidad o valoración de la obra que figura en la relación valorada y sobre otros datos numéricos, contables o de fechas, etc. que pueda observar en estos documentos. Unicamente la cláusula 48 excluye de toda posible alegación "los usos y -- costumbres del país o región respecto de la aplicación de los precios o la medición de las unidades de obra".

Por lo demás, la tramitación de la certificación de obra por el órgano de contratación a efectos de su pago sigue los pasos que serán estudiados más adelante al ocuparnos de la efectividad del pago por el Tesoro de las certificaciones que acreditan tanto pagos a buena cuenta como definitivos.

V.- CERTIFICACION DE REVISION.-

Como el pago de la revisión de precios es pago del precio con venido, su importe también se acredita en la certificación provisional o a cuenta y en la definitiva de liquidación. El artículo 7º DLRP dispo ne que "las revisiones que procedan se harán efectivas mediante el abo- no o descuento correspondiente en las certificaciones parciales de la - obra o, en su caso, en la liquidación final del contrato". Con mayor de tolle el artículo 9º RRP dice que "la liquidación por revisión de pre- cios se practicará mensualmente y de oficio por los funcionarios de la Administración con ocasión de la certificación de obras que corresponde a dicho período". Hay que advertir que aunque este último artículo - -- hable de liquidación, no se trata de un verdadero pago definitivo, pues se revisa un precio que es todavía provisional y por eso se paga a bue- na cuenta. Este mismo artículo señala que "la certificación con revi- -- sión se tramitará como certificación ordinario, imputándose a la anuali- dad contraída para el contrato a tomándose razón para endoso, como cer- tificación anticipada, si dicha anualidad está agotada".

La imputación del importe de la certificación de revisión a - la anualidad del contrato puede dar lugar a que ésta se agote impidiendo el pago de las certificaciones ordinarias de obra. Es decir, la ven- taja que concede el artículo 10 RRP de poder revisar el precio con índi ces provisionales, se puede perder en la práctica por el agotamiento -- anticipado de la anualidad presupuestaria. Esto ya determinó que el ar- tículo 7 de la O.M. de 10 de agosto 1971 (Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo) dispusiera que "los presupuestos adicionales por revisión deberán tramitarse con la necesaria antelación para que puedan quedar - habilitados oportunamente los créditos iniciales para la buena marcha - de los trabajos". Actualmente y con carácter general, el Decreto de 30

de abril de 1.982, dispone en su artículo 1º que los Departamentos ministeriales y Organismos autónomos deben consignar en sus anteproyectos de presupuestos, a nivel de subconcepto o partida presupuestaria, los créditos precisos con el fin de proveer la cobertura financiera necesaria para atender las obligaciones derivadas de las revisiones de precios. Estos créditos deben representar inicialmente como mínimo un ocho por ciento del total de las inversiones reales con derecho a revisión.

También indica el artículo 9º RRP cómo se abona la revisión correspondiente al saldo de liquidación, disponiendo que esta revisión, como las que por causas especiales no se hayan incluido en las certificaciones mensuales expedidas durante la ejecución de las obras "serón acreditadas en la liquidación provisional de las mismas", Sin embargo, esta norma no toma en consideración que el saldo de liquidación puede ser en contra del contratista y a favor de la Administración y que, aun que sea extraño en la práctica, es posible que la revisión actúe en favor de ésta última. Por otra parte, la norma sólo toma en consideración el saldo que resulta de la liquidación provisional pues su revisión se paga con ella, pero se olvida de que la liquidación definitiva puede -- arrojar también un saldo diferente, en más o menos, que también es revisable.

Por último, resulta innecesario establecer que "contra las liquidaciones practicadas en concepto de revisión de precios podrán interponerse los recursos y reclamaciones que procedan contra las liquidaciones derivadas del contrato", pues si la revisión del precio es precio - también, es obvio que su liquidación por la Administración constituye - un acto administrativo que como tal es impugnabile en vía administrativa y, en su caso, en la contenciosa-administrativa.

VI.- LIQUIDACION PROVISIONAL.-

1. Crítica del sistema de doble liquidación.- El precio es -- exigible desde el momento en que el contratista cumple con su obligación de realizar y entregar la obra, pero sólo es líquido y puede hacerse efectivo, cuando se hacen las necesarias operaciones de medición y valoración de la obra ejecutada aplicando el precio estipulado.

La regulación del c.o.p. establece un sistema de doble liquidación, provisional y definitiva, condicionado por la existencia también de una doble recepción de la obra que resulta artificiosa porque -- se produce una desproporción entre el contenido de estos actos y sus -- efectos. La liquidación a la que sólo se le reconocen efectos provisionales es, sin embargo, la que recoge con minuciosidad, y con el intento de ser definitivas, todos los datos necesarios para valorar la obra y -- obtener la cantidad líquida que debe pagarse, si es positiva, al contratista. En cambio, la liquidación definitiva sólo viene a ser una confirmación de la provisional que sólo recoge como dato nuevo la valoración de los eventuales trabajos realizados durante el período de garantía.

La dualidad de liquidaciones propició durante algún tiempo la práctica, perjudicial para el contratista, de postergar la liquidación provisional al momento de la definitiva, una vez recibida la obra (12), y en cierto modo esto era comprensible dada la provisionalidad jurídi--ca de lo que, sin embargo, era, materialmente la verdadera liquidación.

Por consiguiente, sería más lógico que la liquidación sólo -- fuera una, paralela también a única recepción, lo cual no impediría la existencia de un período de garantía de buen funcionamiento de la obra, cuyo resultado podrá asegurarse sin necesidad de afectar al pago definitivo del precio.

Las normas en vigor solamente admiten una única liquidación definitiva en los casos especiales en que existe también una sola recepción. Mas lo que es excepcional debería convertirse, por lo dicho, en normal: una sola recepción y una sola liquidación.

2. Concepto y naturaleza de la recepción provisional.- La liquidación provisional es un conjunto de operaciones destinadas a establecer la cantidad de obra realizada y su valoración aplicando los precios del contrato, obteniéndose así el precio que debe ser abonado por el contratista, aunque todavía de forma no irrevocable.

Materialmente, la liquidación provisional contiene todas las operaciones necesarias de tipo técnico y contable para poder establecer el precio debido. La práctica de estas operaciones se regula en el - - correspondiente pliego de prescripciones técnicas particulares al detallar las formas de medición y valoración de las distintas unidades de obra y las de abono de las partidas alzadas (artículo 66 RCE). Jurídica mente, esta liquidación, por su carácter provisional, no puede tener la consideración de un acto definitivo de reconocimiento de la cantidad -- que ha de pagarse en concepto de precio, sino sólo puede estimarse como una manifestación unilateral de la Administración que tiene por objeto establecer el saldo contable, positivo o negativo, que resulte de las - prestaciones que hasta ese momento han efectuado una y otra parte.

3. Procedimiento de liquidación provisional.- La iniciación - del procedimiento liquidatorio corresponde a la Dirección de la obra, - ya que es ella y no el contratista quién debe formular la liquidación provisional "aplicando el resultado de la medición general los precios y - condiciones económicas del contrato" (Cláusula 75 PCAG). Así pues, la - primera operación que se debe hacer es la medición de toda la obra realizada.

A) Medición general y definitiva.- El sistema de doble liquidación da lugar a la incongruencia de que siendo la primera liquidación de carácter provisional, a la medición en que se basa se le atribuye, sin embargo, carácter definitivo, pues dice el artículo 172 RCE que "recibidas provisionalmente las obras se procederá seguidamente a su medición general y definitiva". No obstante, esta incoherencia debe salvarse entendiendo que en el momento de la liquidación definitiva será posible revisar la medición base de la liquidación provisional si en ella - se advierten errores o inexactitudes. Por consiguiente, la medición que ahora se practica sólo puede considerarse definitiva a efectos contables pero no estrictamente jurídicos.

La medición general de la obra es un acto contradictorio desde el punto de vista del procedimiento, que no de su formación, en la - que sólo interviene la Administración. La cláusula 74 PCAG dispone que "el Director de la obra citará, con acuse de recibo, el contratista o a su delegado, fijando la fecha en que en función del plazo establecido - para la liquidación provisional de la obra ejecutada, ha de procederse a su medición general". Ese plazo es el de seis meses que establece el artículo 172 RCE, contados desde la fecha de la recepción provisional.

A continuación la misma cláusula 74 PCAG intenta dar carácter jurídico definitivo a lo que no es más que un dato (básico por supuesto, pero sólo eso) para una liquidación que es, sin embargo, provisional. Dice la cláusula que "el contratista, bien personalmente o bien mediante delegación autorizada, tiene la obligación de asistir a la toma de - datos y realización de la medición general que efectuará la Dirección. Si por causas que le sean imputables no cumple tal obligación, no podrá ejercitar reclamación alguna en orden al resultado de aquella medición, ni acerca de los actos de la Administración que se basen en tal resultado

do, sino previa la alegación y justificación fehaciente de ininputabili
dad de aquellas causas".

A nuestro juicio esta norma desborda con sus efectos la naturaleza de esta intervención del contratista, que no es más que una mera asistencia, como dice el artículo 172 RCE, que se justifica simplemente por la conveniencia de su colaboración. Por ello, consideramos que la cláusula 74 PCAG contradice el precepto reglamentario al darle el carácter negocial a esta intervención del contratista, pues se le impone como obligación cuyo incumplimiento culpable determina su conformidad con -- un acto de la Administración que queda así consentido y, por consiguiente, excluidos del recurso en vía administrativa y contencioso-adminis--
trativa. Además, esto no sólo se establece para el acto de medición en sí sino también para la liquidación en cuanto se apoya en ella, siendo así que ésta, legalmente, es provisional. La antinomia no puede estar -- más clara y debe superarse haciendo prevalecer el artículo 172 RCE, con
siderando que la medición de la obra, al igual que la liquidación de la que forma parte es provisional y por consiguiente revocable.

El Consejo de Estado (13), con buen criterio, no ha considerado la medición general como algo intangible, pues en un caso en que el contratista no compareció en el momento de la medición consideró que si bien la presencia del contratista al levantarse el acta de medición "ha
bía podido ilustrar más sobre los puntos concretos de discrepancia que la simple valoración propia presentada, sin embargo, ello no es un obs-
táculo para que se abra un período probatorio de acuerdo con lo previs-
to en el artículo 88 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en el -- que el contratista pueda proponer las pruebas pertinentes para fijar --
con carácter definitivo el importe que debe acreditarse al mismo por --
parte de obras ejecutadas que sean de recibo por cumplir las condiciones fijadas en el proyecto".

La medición general de la obra la realiza la Dirección con - citación del contratista, utilizando los criterios del pliego de prescripciones técnicas particulares, sobre medición y abono de las unidades de obra y partidas alzadas. Además, la cláusula 74 establece que - "para la medición general se autorizarán como datos complementarios la comprobación del replanteo, los replanteos parciales y las mediciones - efectuadas durante la ejecución de la obra, el Libro de Incidencias, si lo hubiera, el de Ordenes y cuantos otros estimen necesarios el Direc-- tor y el contratista.

El resultado de la medición general se documenta en un acta - que por triplicado deberá firmar el Director y el contratista o su dele-- gado revisando un ejemplar cada uno de los firmantes y remitiendo el tercero al Director a la Administración contratante. Si el contratista o su delegado no han asistido a la medición, la Dirección le remitirá - con acuse de recibo un ejemplar del acta (cláusula 74 PCAG, párrafo - - cuarto).

El contratista presente en el acto, a diferencia del ausente, tiene reconocido lo que por otra parte es obvio, es decir, el derecho a reclamar contra el resultado de la medición general. La cláusula 74 - - (párrafo quinto) impone la forma escrita para esa reclamación pero sin sujetarla al plazo, normalmente de 10 días que se establece en situaciones análogas. En esta la cláusula es congruente con el carácter provi-- sional de la liquidación, pues el contratista podrá reclamar por escri-- to contra la medición hasta el momento de la liquidación definitiva. Es ta posibilidad ofrece un argumento adicional a los ya expuestos sobre el carácter provisional de la medición, desde el punto de vista jurídico.

B) Liquidación Provisional.- Establecida la medición general de la obra, el Director procede a formular la liquidación provisional -

aplicando al resultado de aquélla los precios y condiciones económicas del contrato, según indican el artículo 172 RCE y la cláusula 75 PCAG. Esta liquidación debe quedar formulada en el plazo de seis meses contados desde la fecha de la recepción provisional de la obra (artículo - - 172 RCE).

Así pues, la liquidación provisional debe recoger, en primer lugar, la valoración de todos y cada una de las unidades ejecutadas que figuren en el presupuesto del proyecto y en sus posibles adicionales. Es ta valoración se hará multiplicando los precios de cada unidad de obra por su medición, más el importe de las partidas alzadas de abono ínte-- gro o a justificar que el presupuesto pudiera contener. Las unidades -- nuevas que se hubiesen ejecutado en virtud de modificaciones acordadas por la Administración se valorarán aplicando los precios contradicto- - rios aprobados que deben figurar en lo correspondiente acta suscrita -- por la Administración y el contratista.

Si de la medición general resulta que se ha producido una variación en el número de unidades malmente ejecutadas sobre las previs-- tas en el proyecto, se puede valorar en este momento de la liquidación provisional por sus respectivos precios, siempre que no represente un -- incremento del gasto superior al diez por ciento del precio del contra-- to. En otro caso, este exceso de medición se debe haber reflejado en un presupuesto adicional para su pago (cláusula 62 PCAG) (14).

La valòración realizada conforme a estas reglas da como resul-- tado el precio de ejecución material, por lo que para obtener la canti-- dad correspondiente al presupuesto de contrato hay que añadir el porcen-- taje establecido en el proyecto (16 al 20 por 100) en concepto de gastos de estructura y el 6 por 100 en concepto de beneficio industrial. La su-- ma que así se obtiene es el saldo de liquidación o precios de contrata,

pero este todavía puede ser objeto de aumento o disminución. Se aumenta este saldo con la revisión del mismo si hay cláusula de revisión de precios en el contrato (artículo 9º RRP) y se disminuye con la baja que -- haya hecho, en su caso, el contratista. La cifra final que resulta dará el saldo en concepto de precio , una vez deducidos los abonos a cuenta en certificaciones.

Mas la liquidación provisional está destinada a recoger tam--bién otros conceptos que no son precio del contrato y cuyo importe debe ser restado o incrementado al saldo. Así deberán deducirse las multas o penalidades impuestas al contratista si no se han aplicado antes de las certificaciones a buena cuenta (artículo 439 RCE) y se adicionan los importes que resulten de los intereses de demora ya que el artículo 144 - RCE dice que "el abono de intereses se hará efectivo en la liquidación provisional del contrato".

En principio, también podría recogerse en la liquidación provisional el importe de las indemnizaciones reconocidas y debidas al contratista, por paralización de obra, fuerza mayor etc., pues ni la LCE ni el RCE lo impiden. Sin embargo, la liquidación por estos conceptos debe hacerse siempre que sea posible en expediente aparte para ser abonados prontamente al contratista sin esperar a la liquidación del precio, toda vez que no son contraprestación de la obra ejecutada sino reparación o resarcimiento de un daño o un perjuicio sufrido por el contratista.

La liquidación provisional formulada por el Director de la -- obra es comunicada al contratista a fin de que éste pueda hacer los reparos que estime oportunos. Según la cláusula 75 PCAG, los reparos que estime oportunos hacer el contratista a la vista de la liquidación provisional los dirigirá, por escrito, a la Administración, por conducto - del Director de obra que debe elevarlos con su informe a aquélla. Dispone

también esta cláusula que estos reparos se hagan "dentro del plazo reglamentario". Este plazo es el de treinta días que establece el artículo 172 RCE y aunque nada se dice de su cómputo, es claro que se empezará a contar desde la fecha de notificación de la liquidación provisional. Posado este plazo sin que se formulen reparos, la cláusula 75 PCAG considera que se entiende producida la conformidad del contratista con el resultado y detalle de la liquidación. Una vez más se produce el contrasentido de querer otorgar el carácter definitivo e irrevocable a una liquidación que es "per se" provisional. Y aun se produce en este caso la incongruencia de que se considera dada una conformidad definitiva a un acto que en sí mismo es provisional, pues la liquidación que formula el Director de obra debe ser todavía aprobada por la Administración. El artículo 172 RCE, párrafo tercero, no deja dudas a este respecto al disponer que "dentro del plazo de nueve meses, contados a partir de la recepción provisional, deberá aprobarse por la Administración la liquidación aludida (la provisional) y abonarse al contratista el saldo, en su caso, resultante por el resto de la obra".

4. Efectos de la liquidación provisional.— Esta liquidación obliga a la Administración al pago de su saldo si resulta a favor del contratista, incurriendo en mora si no lo hace en el plazo de nueve meses contados desde la recepción provisional. La puesta en mora requiere la interpelación del contratista para que la Administración pague el saldo. La indemnización se realiza mediante el abono del interés legal de la suma debida. Pero fuera de esto, la liquidación provisional no produce efectos liberatorios para la Administración que, por tanto, sigue siendo deudora del precio frente al contratista hasta el momento en que se produzca la liquidación definitiva y su pago. Consecuentemente, tampoco extingue esta liquidación el contrato por no ser ella cumplimiento total del mismo (artículo 52 LCE y 157 RCE) y ésto es así aunque la liquidación provisional se efectúe en los casos en que con ella se paga -

el importe de una parte de obra que es capaz por sí sola de servir al uso o al servicio de que se trate, pues en esta hipótesis, prevista en el artículo 180 RCE, el pago, como indica este precepto, es a cuenta de la liquidación definitiva que corresponda.

VII.- LIQUIDACION DEFINITIVA.-

La liquidación definitiva, tal como se contempla en la regulación del c.o.p. es prácticamente una formalidad desprovista de contenido a la que, sin embargo, se anudan efectos transcendentales para las partes. Existe, pues, una desproporción entre el contenido del acto y sus efectos, al igual que señalamos para la liquidación provisional, aunque aquí sea ahora de signo inverso. Todo esto explica que la liquidación definitiva apenas está regulada o que sólo existan unas breves normas de carácter reglamentario sobre su contenido y tramitación.

1. Concepto y naturaleza.- La liquidación definitiva del precio es, como la provisional, un conjunto de operaciones contables destinadas a establecer la cantidad de dinero que debe entregarse al contratista en concepto de precio, con lo cual a diferencia de la liquidación provisional se libera a la Administración y queda extinguido el contrato.

La naturaleza de este tipo de actos que son liquidatorios de una deuda pecuniaria ha sido objeto de discusión doctrinal. RUBINO (15) refiriéndose al "conto finale" en el "appalto", considera que éste no es un negocio jurídico, y en particular de "accertamento", sino un simple acto no negocial de simple "accertamento tecnico e contabile". CIANFLONE (16), mantiene una posición que difiere de la anterior en orden a la naturaleza de la liquidación única que forma parte del "collaudo". Para este autor resulta claro que la liquidación tiene carácter disposi

tivo negocial, pues crea para la Administración una situación jurídica que la vincula en el sentido de que no puede modificar el precio una -- vez establecido su importe en aquélla. Ahora bien, no se trata de un -- contrato de "acertamento" sino de un reconocimiento causal, no abstracto, pues el contrato de "appalto" es la causa antecedente y la voluntad del contratista interviene no mediante un contrato, sino a través del -- mecanismo de la caducidad conectado a la inobservancia del plazo para -- impugnarlo. Por nuestra parte, pensamos que la liquidación definitiva -- prevista en la regulación del c.o.p. es un simple acto de reconocimien-- to de una deuda, cuya causa está en el contrato donde se pactó el pre-- cio que se liquida; y es un acto de "accertamento " o fijación cuantitativa del precio por medio de las operaciones contables legalmente pre-- vistas. Todo ello, sin perjuicio de ser también un acto unilateral de -- la Administración, impugnabile o recurrible. La voluntad del contratista no concurre por tanto a crear el acto administrativo liquidatorio porque su función es meramente recepticia. Los artículos 57 LCE y 176 RCE no im-- ponen como requisito del acto la conformidad del contratista, pues sim-- plemente dicen que la liquidación definitiva "deberá acordarse" (por la Administración) y "ser notificada" (al empresario).

2. Procedimiento..- La liquidación definitiva debe efectuarse por la Administración dentro del plazo de seis meses, contados a partir de la recepción definitiva (artículos 57 LCE y 176 RCE). La cláusula 78 PCAG encomienda al Director de la obra la redacción de la liquidación -- definitiva, concediéndole para ello, un plazo de tres meses contados -- desde la recepción definitiva, es decir, la mitad del tiempo de que dis-- pone la Administración.

La Dirección de obra ha de realizar unas operaciones mucho más sencillas que el caso de la liquidación provisional, pues a las opera-- ciones de ésta debe añadir únicamente "la valoración de las obras y --

trabajos ejecutados durante el plazo de garantía con arreglo a lo establecido en los presupuestos y en el pliego de prescripciones particulares del proyecto" (artículo 176 RCE).

A semejanza de lo que ocurre en la liquidación provisional, se prevé la intervención del contratista en trámite de vista y audiencia, pues dice la cláusula 78 PCAG: "dando vista de la misma al contratista". Para cumplir este trámite se concede al contratista un plazo de treinta días durante el cual él puede hacer los reparos que estime oportunos sobre la liquidación definitiva que lógicamente le deberá ser puesta de manifiesto. Los reparos se han de hacer por escrito dirigido a la Administración por conducto del Director, quien los elevará a aquélla con su informe. Si pasado el plazo de treinta días el contratista no ha contestado por escrito con su aceptación o reparos, se entenderá que se encuentra conforme con el resultado y detalles de la liquidación (cláusula 76 PCAG).

Que la liquidación es un acto administrativo de carácter recepticio se pone de relieve en que, no obstante la conformidad expresa o - -tácita del contratista, sus efectos definitivos no dependen sino de su -aprobación por la Administración que es exigida tanto por los artículos 57 LCE y 176 RCE (aunque hablen de "acordar") como por la cláusula 78 --PCAG que dispone que "la aprobación de ésta (la liquidación) por la Administración será notificada al contratista".

Realmente la aprobación se desdobra en una de carácter técni-co que realiza el órgano contratante en vista de la liquidación propuesta por el Director de la obra, y de carácter económico cuando, una vez que ha sido fiscalizada, se reconoce que la liquidación es título hábil para el pago. Esta dualidad impuesta por razones de control financiero, hace un tanto inútil la disposición contenida en el artículo 176 RCE al

disponer que la aprobación técnica de la liquidación no está supeditada a la existencia de créditos presupuestarios disponibles para su abono - al contratista. Difícilmente puede producirse esa subordinación pues la aprobación técnica de la liquidación no encierra ninguna propuesta de - gasto u orden de pago, sino simplemente la declaración de que es correcta la liquidación desde el punto de vista de la contabilidad de obra, - que no se confunde con la contabilidad del Estado.

3. Efectos.- La liquidación definitiva si es favorable para el contratista una vez aprobada, vincula a la Administración al pago de su saldo. Por ello ordena la cláusula 79 PCAG que "una vez aprobada la liquidación definitiva, el Director expedirá certificación de la misma si el saldo fuese favorable al contratista". En caso contrario, es decir, "si fuese favorable a la Administración ésta requerirá al contratista para que proceda al reintegro del exceso percibido y en tanto -- aquél no lo hiciere así, no podrá procederse a la devolución de la fianza".

Mas la liquidación definitiva no libera sin más a la Administración, pues con ello sólomente se reconoce la existencia de un crédito en favor o en contra del contratista. Para que la Administración quede liberada debe efectuar el pago que en su caso proceda por el importe -- del saldo a favor del contratista. Tampoco puede decirse que esta liquidación sea un finiquito de las relaciones económicas entre las partes, porque este efecto no se consigue plenamente hasta que la Administra-ción no paga al contratista o éste no le reintegre en su caso del exceso del precio percibido.

La jurisprudencia, con buen criterio, viene declarando que el efecto extintivo o liberatorio se produce con la liquidación definitiva debidamente aceptada más la realización del pago y su aceptación sin -- reservas (STS 22 junio 1979 y 17 diciembre 1980).

En cambio es correcto que no haya que esperar al momento del pago para liberar la fianza del contratista, pues la liquidación ya pone por sí misma de manifiesto que existe un crédito, por lo que si es a favor del contratista nada hay que deba ser ya asegurado, debiendo ser devuelta la fianza desde ese momento. Por ello, el artículo 177 RCE dispone que "aprobada la recepción y liquidación definitiva la Administración tomará acuerdo en relación con la fianza depositada por el contratista con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento", a cuyo efecto se establece un plazo de seis meses (artículo 364 RCE).

VIII.- PAGO DE CERTIFICACIONES.-

La certificación no constituye un medio de pago sino un título justificativo del abono a cuenta o definitivo que se acredita al contratista. Para el pago efectivo de los importes acreditados con carácter provisional (obra en curso, anticipos, etc.) o definitivos (saldo de la liquidación), es necesario todavía que se cumplan determinados trámites que son comunes a todo tipo de certificación, mediante los cuales se garantiza el correcto empleo de los fondos públicos.

En esta materia, las normas de contratación dan paso a las que regulan la administración y contabilidad de la Hacienda Pública. En el ámbito estatal estas normas, en lo que aquí interesa, están recogidas - en la Ley General Presupuestaria (LGP) de 4 de enero de 1977, y en sus Reglamentos de 24 de mayo de 1891 y 3 de marzo de 1925, que respectivamente regulan la ordenación e intervención de los pagos y que han sufrido modificaciones posteriores . Por lo que se refiere al ámbito -- local, hoy que tener en cuenta, principalmente, la LRL (artículos 354 y 355) y la Instrucción de Contabilidad de 4 de agosto de 1952 y el Decreto de 26 de junio de 1956.

Al exponer el procedimiento para el pago de certificaciones seguiremos la pauta que nos ofrecen las normas estatales, pues las de carácter local no se apartan sustancialmente de aquélla.

Norma capital de la que se debe partir es la contenida en el artículo 43 LGP según el cual si las obligaciones de pago "tienen por causa las prestaciones o servicios a la Administración Pública, el pago no podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación".

Pues bien, con el fin de asegurar al máximo que la prestación del contratista ha sido cumplida en los términos pactados en el c.o.p., se establecen unos controles a lo largo del procedimiento que culmina con el pago. En este procedimiento se pueden distinguir tres fases y en cada una de ellas debe quedar plenamente justificado el cumplimiento del contratista sin el cual no puede recibir su contraprestación.

1. Propuesta del pago.- El servicio que tiene a su cargo la obra en fase de ejecución, debe efectuar una propuesta de pago basada en la certificación expedida por el Director de la obra. Esta propuesta ha de ser examinada por la Intervención Delegada en cada Departamento ministerial, la cual realiza la intervención de la inversión (17) que consiste, por su lado, en el examen e informe de los documentos justificativos de los mandamientos de pago que se expidan para su ejecución y, por otro lado, en la comprobación de que el importe de los mismos ha sido debidamente invertido en la obra. El informe fiscal se emite siempre mientras que la comprobación de la inversión sólo es obligada cuando --excede de doscientas cincuenta mil pesetas, lo dispongan las leyes, Reglamentos e Instrucciones o lo acuerde la Intervención General por considerar que así lo requiere la índole de las circunstancias de la inversión (artículo 23, Reglamento 3 marzo 1925) (18).

Una vez que la propuesta de pago es fiscalizada se pasa a la segunda etapa de la ordenación del pago.

2. Ordenación del pago.- Corresponde ordenar el pago al Director General del Tesoro Público bajo superior autoridad del Ministro de Hacienda, y también a las Ordenaciones secundarias existentes en algunos Departamentos (artículos 75 LGP y 1º y 2º Reglamento 24 mayo 1891). A estos efectos, la Ordenación General de Pago, realiza, dentro de los cinco primeros días de cada mes, las distribuciones de fondos que mensualmente han de someterse a la aprobación del Consejo de Ministros, y dispone el orden con que deben ejecutarse los pagos por las Cajas del Tesoro Público (artículo 5º Reglamento 24 mayo 1891).

La ordenación del pago se materializa en el documento denominado "mandamiento de pago" o "libramiento", que expiden los Ordenadores a favor de los acreedores de la Hacienda o del Tesoro para que los funcionarios encargados de los pagos satisfagan el importe de los créditos liquidados con arreglo a las Leyes, Instrucciones y Reglamentos (artículo 55, Reglamento 24 mayo 1891).

Los mandamientos de pago deben quedar justificados e intervenidos (19).

Se justifican los mandamientos con copias de las escrituras en que resulte el contrato, certificación pericial que acredite la recepción de las obras u objetos contratados, liquidación de las cantidades que deben satisfacerse y copia de la Orden que disponga el pago al contratista (artículo 84 Reglamento 24 mayo 1891). Cuando los mandamientos se expiden en concepto de entregas interinas o pagos a justificar se requiere copia de la orden en que se exprese la necesidad de expedirlos -

en dicha forma. Por excepción no es necesaria esta Orden cuando los -- mandamientos son expedidos por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanis-- mo para satisfacer el importe de los servicios de obras públicas que se verifiquen por la Administración (artículo 85 Reglamento 24 mayo 1891).

El mandamiento de pago es intervenido por la Intervención General o su Delegado, que en ese momento realizan la intervención formal del pago (artículos 93 LGP y 18 Reglamento 3 marzo 1925). Esta interven-- ción versa sobre la existencia de saldo en el crédito correspondiente -- y que el pago ha sido ordenado por autoridad competente (artículo 5º -- del Decreto 5 abril 1974).

3. Realización del pago.-- Corresponde efectuar el pago a la -- Tesorería Central o a las Tesorerías Territoriales en favor del acree-- dor directo entendiéndose como tal la persona física o jurídica con -- quien se contrató la obra (artículo 1, Orden del Ministerio de Hacienda 5 julio 1975). El pago se puede efectuar por transferencia bancaria o -- mediante talón contra la cuenta corriente del Tesoro en el Banco de Es-- paña.

Para el pago por transferencia debe solicitarlo el acreedor -- interesado. Las peticiones de transferencias se han de formular por el acreedor o su representante o apoderado debidamente acreditado, extremo que se justifica por una sola vez presentando el correspondiente poder, y deberá acompañarse de escrito o certificación del Banco o Caja de -- Ahorros confirmando la apertura de la cuenta a la que se ha de hacer la transferencia, e indicando su título o denominación (artículo 3, Orden 5 julio 1975).

El pago mediante talón se efectúa con la entrega de talón al portador contra la cuenta corriente del Tesoro en el Banco de España. --

Cuando la cuantía y naturaleza del pago lo aconseje las Tesorerías pueden cruzar el talón para que su cobro se realice a través de la Entidad financiera que diga el acreedor. La utilización del talón como medio de pago requerirá la presencia física del acreedor en las Cajas del Tesoro, o de su representante o persona autorizada que firmará el recibí en el mandamiento de pago previa identificación por las Tesorerías (artículo 4, Orden 5 julio 1975).

Con el pago del importe designado en el mandamiento en cualquiera de las formas indicadas queda cumplida la obligación de la Administración con diverso alcance en el contrato según su carácter provisional o definitivo, según ya hemos visto anteriormente.

IX.- TRANSMISION Y EMBARGO DE CERTIFICACIONES.-

1. Transmisión y pignoración.- El pago de las cantidades certificadas debe efectuarse al acreedor directo, esto es, la persona física o jurídica con quien se contrató la obra. Mas este acreedor puede -- haber cedido o transmitido su crédito, pues según el artículo 145 las -- certificaciones son transmisibles y pignorables conforme a derecho. En la práctica suele utilizarse la denominación de endoso para designar la transferencia del documento a una tercera persona distinta del contratista. Sin embargo, no puede decirse que exista un verdadero endoso sino simplemente una transmisión de un crédito de naturaleza provisional y limitada.

El endoso presupone un título-valor a la orden y la certificación no es tal. El título-valor se define como "un documento sobre un -- derecho privado cuyo ejercicio está condicionado jurídicamente a la posesión del documento" (20). Es a la orden cuando el derecho incorporado al título puede ser ejercitado por la persona en él designado o por

un consahabiente que aquélla a su vez designe. Por la cláusula de endoso se producen designaciones sucesivas que facilitan la transmisión del título.

Pues bien, la certificación no incorpora ningún derecho. El derecho al que el documento hace referencia no es literal, es decir, no está definido en el documento. Hay que acudir al derecho causal que dimana del c.o.p. Además, no hay cláusula a la orden sino todo lo contrario, pues el artículo 145 RCE dispone que las certificaciones "se expedirán, precisamente a nombre del contratista" (21), por lo que de ser la certificación un verdadero título valor sería de los llamados directos.

No se puede hablar, pues, con propiedad de endoso de certificaciones (22), sino simplemente de transmisión o cesión. El mismo artículo 145 RCE no utiliza la palabra endoso y hace referencia simplemente a la posibilidad de transmitir la certificación, empleando también los términos cesión y cesionario.

Por consiguiente, aunque en la práctica se hable de endoso de certificaciones, se trata de una simple analogía con la cláusula escrita en los títulos, valores o la orden de carácter mercantil (letra de cambio, cheque, etc.).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en algún caso parece dar carta de naturaleza al endoso de las certificaciones. La sentencia de 9 de febrero de 1981 considera como endoso la anotación en la certificación de "Al Banco., A. S.A. para su cobro ...", aunque dado el tenor de la cláusula considera que se trata de un endoso limitado con fines de cobranza y no, por tanto, traslativo del crédito. El Banco es considerado como mandatario o apoderado del contratista (23).

Sin embargo, otras sentencias resuelven plenamente la cuestión de la naturaleza de los llamados endosos de certificaciones. La sentencia de 10 de octubre de 1980, aunque con referencia al Pliego de 1903, sienta esta doctrina:

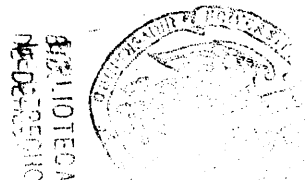
"Que esta estimación no puede verse desvirtuada por el simple hecho de que la empresa contratista endosara estas certificaciones a la entidad bancaria demandante, pues, como ha quedado recogido, al transcribirse literalmente el art. 36 del Pliego de Condiciones de 1903, estos endosos no deben ser confundidos con aquellos que, en sentido propio, vienen configurados por el Derecho Mercantil, como instrumentos para facilitar el tráfico jurídico en masa de títulos, valores, concebidos precisamente con propósitos de circulación expedita y rápida, ya que, lo que se dice en este precepto es que los Libramientos y su importe se entregarán al contratista a cuyo favor se hayan rematado las obras, o a la persona legalmente autorizada por él y nunca a ningún otro, lo que quiere decir que con ellos no se verifica una plena transmisibilidad de la obligación, sino un simple apoderamiento, o comisión de cobranza, sin perjuicio de reconocer que ha sido la propia Administración la que en ocasiones ha facilitado cierta confusión en este problema, al dictar diversas disposiciones encaminadas a la regulación de cesiones de este tipo de certificaciones de obra: R.D. de 29 septiembre 1911, Resolución de la Dir. Gral. de Obras Públicas de 5 octubre 1911. - Orden del Mº de Obras Públicas de 24 diciembre 1957, Orden Circular del Mº del Aire, de marzo de 1934, Resolución del Mº Educación Nacional, de 23 de noviembre de 1962.

CDO.: Que una interpretación de este tema, contraria a la que aquí se viene exponiendo, conduciría al absurdo de convertir a estas certificaciones pensadas, como hemos visto, y con el solo propósito de favorecer y facilitar el pago escalonado y anticipado a los contratistas, en medios para eludir responsabilidades de éstos con la Administración, en supuestos de insolvencias sobrevenidas con lo cual se produciría una auténtica subversión de valores, privilegiando los de los particulares a costa de dejar indefensos los públicos, esto es, los de la comunidad: máxime cuando en el campo de la contratación administrativa tanto se ha hecho por la salvaguardia de la llamada ecuación financiera, apartándose del principio ortodoxo del riesgo y ventura y permitiendo la revisión de precios".

Y en forma todavía más explícita la sentencia de 10 de diciembre de 1981, interpreta el artículo 145 RCE, párrafo segundo, diciendo lo siguiente:

"CD0.: Que conforme al art. 145.2 del Regl. General de Contratación del Estado (R. 1953, 1054 y N. Dicc. 22515), las certificaciones de obra serán transmisibles a tercero conforme a derecho, sin que en esas facultades del tenedor se encuentre la de verificar "endosos", al menos, en el sentido que a esta expresión da el Código de Comercio para el tráfico de determinados títulos-valores, de donde se deduce que el endoso hecho por "R" en favor de "C" no es sino una cesión de crédito que legitima para su cobro al cesionario, en la misma medida y extensión en que lo estuviera el cedente, es decir, - sin operar, en absoluto, una abstracción de la "causa credendi", de este último, estas observaciones, junto con las que se refieren al requisito de la escritura pública, requerido por el art. 1280, 6º del C. Civ., y a la falta de "toma de razón" del endoso por parte de la Administración, exigida -- por el precitado art. 45 del Reglamento en los cuales esta - Sala comparte el dictamen del Consejo de Estado, llevan a la conclusión de que, tanto por la propia virtualidad de la transmisión del crédito de "R", como por la firmeza de la Res. de 19 de junio 1974, la solución de las pretensiones de C., S.A. no puede ser otra que la que dimana de este último acuerdo, pues, evidentemente, la Administración no puede utilizar sus facultades para tomar razón de la transmisión de un crédito contra ella -transmisión que, por definición, conoce-, para, no realizándola, impedir su efectividad. Aunque como es evidente, el acuerdo ahora impugnado -que deniega simplemente el cobro- no reproduce el anterior y por ello, no puede estimarse la cauda de inadmisibilidad.

CD0.: Que, por consiguiente, C., S.A., lo mismo que su cedente "R", es titular de un crédito contra la Administración, - cuya cuantía y exigibilidad dependen de la efectiva liquidación del "Contrato de Fuentefiz". Y en esta perspectiva, la resolución recurrida, se aparta del ordenamiento en cuanto, además, se aparta de la Res. de 19 de junio 1974, no procediendo la simple denegación de la pretensión de C., S.A., -- sino el cumplimiento de dicha resolución, a la cual, por su firmeza, está obligada la Administración. Toda vez que no -- hay duda alguna de la titularidad del crédito por la recurrente".



Para que la transmisión o cesión de la certificación surta - plenos efectos es necesaria la intervención de la Administración. Esta intervención se configura como conocimiento que debe tener la Administración de la transmisión acordada entre cedente y cesionario. La Administración no interviene, pues, para dar su consentimiento a la transmisión, de forma que este consentimiento se tenga que considerar como elemento constitutivo del negocio jurídico. El conocimiento de la Administración es sólo condición de eficacia de la cesión con respecto a -- ella, pero no entre cedente o cesionario. Por esto, como dice el artículo 145 RCE, "una vez que la Administración tenga conocimiento de la -- transmisión de aquellas (las certificaciones) el mandamiento de pago -- habrá de ser expedido a favor del cesionario, indicando también el nombre del cedente". Por el contrario la falta de conocimiento hace que la cesión no vincule a la Administración porque "antes de que se ponga en conocimiento de los órganos competentes la cesión, surtirán efectos liberatorios los mandamientos de pago extendidos a nombre del contratista".

No dice el artículo 145 RCE quien debe notificar la transmisión de la certificación a la Administración, por lo que cabe entender que puede hacerlo tanto el cedente como el cesionario.

Frente a la Administración, la transmisión requiere de la formalidad de la "toma de razón", pues dice el artículo 145 RCE que los -- Servicios de Contabilidad competentes consignarán, mediante la diligencia en el documento justificativo del crédito, la toma de razón en un -- libro registro de transmisiones de certificaciones habilitado al efecto". La Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de julio de 1975 dice en su -- artículo 1.1. que "cuando el acreedor hubiera endosado la certificación, cuenta o título que represente un crédito contra el Tesoro, el mandamiento habrá de ser expedido a favor del endosatario, indicando también el nombre del endosante. Los Servicios de Contabilidad de las Oficinas

Ordenadoras del gasto consignarán, mediante diligencia en el documento justificativo del crédito, la toma de razón en el Registro de endoso".

Efectuada la transmisión con conocimiento de la Administración y una vez tomada razón del endoso, el cesionario queda legitimado para el cobro frente a la Administración. Sin embargo, cuando la certificación sólo reconoce un derecho de crédito provisional (pago a buena cuenta), el cesionario puede quedar afectado por las excepciones que oponga la Administración derivadas del contrato, principalmente porque el contratista no cumpla con su obligación de ejecutar la obra (24).

2. Pignoración de certificaciones.— El crédito que toda certificación reconoce a su titular, puede servir de garantía prendaria aunque no sean posibles (artículos 489 y 1864). La prenda sobre derechos, y concretamente sobre un derecho de crédito, está comúnmente admitida - (25) mediante el juego o mecanismo de la cesión del crédito al acreedor pignoraticio y notificación de esta cesión al deudor cedido.

Por consiguiente, a la prenda del derecho de crédito en favor del contratista le son aplicables las reglas expuestas en el epígrafe anterior, sobre transmisión de este tipo de derechos y en particular la referente al requisito del conocimiento que debe tener la Administración de la cesión del crédito con fines, en este caso, de garantía (artículo 145 RCE).

Las particularidades surgen en la fase de ejecución de la garantía prendaria en la que, como enseñan DIEZ-PICAZO y GULLON (26), debemos distinguir dos momentos. Si el crédito dado en garantía vence antes que el crédito garantizado, el acreedor pignoraticio posee el "ius exigendi", lo que en nuestro caso significa que este último reclamará el pago de la certificación a la Administración. Como este pago se hace

en numerario sin especificación, se entenderá constituida una prenda -- irregular.

Si, por el contrario, el crédito garantizado vence antes que el dado en garantía y el deudor pignorante no cumple, el acreedor pignoraticio podrá acudir al procedimiento del artículo 1872 CC o bien, y esto será lo normal y aconsejable, esperará a que venza el crédito dado en garantía y exigir al deudor cedido, la Administración, el pago imputando lo cobrado a lo que le deba el deudor pignorante por el mecanismo de la prenda irregular.

3. Embargo de certificaciones.— Admitida la transmisión y pignoración de certificaciones no debería ofrecer dificultad el embargo de las mismas. Con el embargo se produce la afección de bienes a resultas de un proceso (27) y se crea una situación similar a la de un derecho real de garantía (28); esto es, un derecho de realización de valor para satisfacción del acreedor ejecutante.

Mas los artículos 47 LCE y 145 RCE disponen que "la certificación sólo podrá ser embargada con destino al pago de salarios devengados en la propia obra y al de las cuotas sociales derivadas de los mismos". La regla general es, por consiguiente, la inembargabilidad de las certificaciones, o para ser más exactos, de los créditos que con ellas se reconocen a favor del contratista.

Ya el artículo 36 del Pliego de 1903, al igual que los Pliegos que le precedieron, disponía que "los libramientos y su importe se entregarán precisamente al contratista a cuyo favor se hayan rematado -- las obras o a persona legalmente autorizada por él, y nunca a ningún -- otro, aunque se libren despachos o exhortos por cualquier tribunal o --

autoridad para su detención, pues se trata de fondos públicos destinados al pago de operarios y no de intereses particulares del contratista. Unicamente el saldo que la liquidación arroje a favor del contratista y de la fianza, si no hubiese sido necesario retenerla para el cumplimiento de la contrata, podrá verificarse el embargo dispuesto por -- las referidas autoridades o tribunales".

A nuestro juicio, hay una diferencia entre esta norma precedente y los artículos 47 LCE y 145 RCE, pues aquella se sitúa en el momento de hacer efectivo el libramiento, mientras que estos últimos preceptos hablan de embargo de certificaciones. El matiz es importante -- porque la justificación no es coincidente en uno u otro caso.

El embargo del importe acreditado en el libramiento no es posible porque mientras está en poder del Estado son fondos públicos, como dice el artículo 36 del Pliego de 1903. Y los fondos públicos son inembargables por naturaleza. El artículo 44 LGP, al igual que la Ley de Administración y Contabilidad de 1911 a la que sustituyó, establece que -- "los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución, ni dictar providencias de embargo contra derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública".

En cambio, los artículos 47 LCE y 145 RCE han extendido la -- inembargabilidad al derecho de crédito, que es lo que reconoce la certificación. Este derecho sí que ingresa en el patrimonio del contratista y por aplicación del artículo 1911 CC sería perfectamente embargable. Sin embargo, por Ley, y no por simple disposición reglamentaria como -- era el caso del Pliego de 1903, se establece la excepción al embargo. -- ¿Por qué razón?.

GASPAR ARIÑO (29) se percató de que la verdadera justificación de tal norma excepcional está en una razón, no de carácter subjetivo como es la titularidad del Estado respecto de sus fondos, sino -- otra de carácter objetivo cual es el destino que debe dar el contratista durante el curso de la obra a las cantidades a buena cuenta. En efecto, estos pagos tienen su razón de ser en servir de ayuda financiera al contratista para que la obra se ejecute con continuidad. Se produce por tanto una afección del crédito al destino de la obra pública en ejecución. Esta es la verdadera explicación y no otra.

La misma LCE y RCE confirman esta justificación porque la -- única excepción que abren a la prohibición del embargo, se refiere a -- pagos de conceptos que también aseguran la continuidad de la obra, como son los destinados a "los salarios devengados en la propia obra y al de las cuotas sociales derivadas de los mismos".

Por consecuencia sí será embargable el crédito que reconozca la liquidación definitiva en favor del contratista tal como dice el artículo 36 del Pliego de 1903, pues en este caso ya no existe la afección de los pagos provisionales al estar la obra concluida y recibida definitivamente.

X.- PAGO DE INTERESES.-

El pago de intereses como resarcimiento del perjuicio que sufre el contratista a consecuencia de la mora de la Administración, ha sido tradicionalmente considerado como una excepción a la regla de que la Administración no debe pagar intereses de demora salvo que expresamente disponga lo contrario. Como ha señalado VILLAR PALASI (30) esta regla tiene su origen en el Derecho regioy a través de la Jurisprudencia se conservará hasta nuestros días. Su justificación a partir del Cons--

titucionalismo se basará en la intangibilidad del gasto público, en la especialidad de las partidas presupuestarias y en la inexistencia de mora culposa por la tardanza de la Administración en el pago (31).

Este privilegio de la Administración no actúa, sin embargo, precisamente dentro de la contratación de las obras públicas, en virtud de las disposiciones especiales que conténían los pliegos sobre esta materia y de donde han pasado a la LCE y RCE, cuyos artículos 47 y 144, respectivamente, disponen que "si la Administración no hiciese pago al contratista de las certificaciones dentro de los tres meses siguientes a la fecha de aquéllas, deberá abonar al mismo, a partir de aquella fecha, el interés legal de las cantidades debidas, siempre que aquél intime por escrito el cumplimiento de la obligación."

1. Constitución de la mora.- Para que la Administración quede constituida en mora han de darse los siguientes requisitos:

1º.- Exigibilidad de la deuda, que se produce en este caso -- por haber realizado el contratista la prestación a su cargo, lo cual se prueba con la certificación de obra cuyo importe no se satisface puntualmente.

No depende la exigibilidad de la deuda de que transcurran -- tres meses desde la fecha de la certificación, pues este plazo condiciona la responsabilidad por la mora pero no la eficacia y exigibilidad de la obligación principal. Esta obligación no está sujeta a condición ni a plazo y por tanto es exigible desde luego (artículo 1113 CC), de modo que el plazo de tres meses sólo puede considerarse como una franquicia de la responsabilidad derivada de la mora. Como especialidad en el cómputo del plazo de tres meses, el artículo 144 RCE dice que "en las cer-

tificaciones que se extiendan excediendo del importe de las anualidades que rijan en el contrato, no se contará el plazo anterior (los tres meses) desde la fecha de su expedición, sino desde aquella otra posterior en la que, con arreglo a las condiciones convenidas y programa de trabajo aprobados, deberían producirse".

2º.- Liquidez de la deuda, porque "in illiquidis mora non fit". Requisito de liquidez que se cumple con la valoración que se realiza en la certificación.

3º.- Imputación de la mora a la Administración no fundada en su culpa sino en un principio de responsabilidad objetiva basado en la lesión. Como dice VILLAR PALASI (32) el principio de responsabilidad de la Administración por toda cesión que sufran los particulares en -- cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (artículo 40 LRJAE) "hace que actualmente, y previa afirmación del derecho a intereses que establece el artículo 47 LCE, el contratista está resguardado de cualquier irregularidad en todo el procedimiento de habilitación del gasto y pago de su contrato, sea aquélla culpable o no, e incluso de -- toda posible contradicción interna entre la normativa contractual y la presupuestaria".

4º.- Intimación a la Administración, según establecen los artículos 47 LCE y 144 RCE. La intimación es una declaración de voluntad dirigida por el contratista a la Administración en forma escrita, cuyo contenido debe ser lo suficientemente preciso como para manifestar que se pone fin a una espera graciosa y comienza una situación de responsabilidad. El contratista debe exigir el cumplimiento de la obligación de pago y no basta con simples recordatorios u otros contenidos de voluntad, que evidencian la conformidad con la espera del pago del precio de bido.

El Consejo de Estado tiene declarado que la "intimación" mencionada en el artículo 47 LCE reconduce de modo obligado, no a un concepto vulgar, sino al concepto técnico del vocablo, que la legislación administrativa ha tomado del acervo común de la terminología jurídica - sin someterlo a remodelación o modificación alguna. Por ello, también - considera que la "interpellatio morae" requiere una expresa manifestación de la voluntad del acreedor de dar por finalizada su espera mediante la exigencia formal del pago de la deuda vencida. Que una tal manifestación pueda tener lugar en las más diversas circunstancias y mediante procedimientos dispares, es algo que no viene a alterar el contenido conceptual de la intimación, en cuanto exponente de la decidida conducta del acreedor de reclamar la satisfacción de su crédito. Si bien por lo ya indicado, la LCE, al precisar que la intimación ha de producirse por escrito, excluye la posibilidad de interpelaciones orales en los contratos administrativos, pero mantiene en lo demás las características civiles de la institución." (33)

2. Responsabilidad derivada de la mora.- Los artículos 47 -- LCE y 144 RCE imponen a la Administración morosa el deber de abonar el interés legal de las cantidades debidas, en concordancia con el artículo 1.108 CC que aplica esta misma solución en defecto de pacto para determinar la indemnización de daños y perjuicios derivados de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias.

La referencia al interés legal en los citados artículos debe actualmente entenderse en relación con los artículos 36 y 45 LGP, según los cuales el interés de demora se calcula aplicando el básico del Banco de España que la Orden de 23 de julio de 1.977 lo fijó en el 8 por - 100.

La redacción de los artículos 47 LCE y 144 RCE anterior a la

vigente, suscitó dudas sobre si la Administración debía pagar los intereses moratorios desde la fecha de la intimación o interpelación o desde la fecha de la certificación. Aunque el texto actual tampoco goza de la debida claridad gramatical, la expresión "a partir de aquella fecha" se ha de referir a la de la certificación incurrida en mora. Así lo ha entendido la jurisprudencia, como se desprende de la doctrina recogida en el quinto considerando de la sentencia del Tribunal Supremo de -- 22 de enero de 1.975, en la que se dice lo siguiente:

"Que para fijar el "quantum" de la indemnización tenemos que acudir, preferentemente, al texto del art. 47 de la Ley de Contratos del Estado, pues esta ley es la aplicable a los -- contratos que, como el del recurso, se prepararon con posterioridad al 1 de junio 1965; y según este precepto el interés a abonar es el legal --y no el del 5 por 100 establecido por el art. 45 del pliego de condiciones generales de 1908, conforme a la Ley de 2 agosto 1899 (Dic. 6360), y alterado -- por el art. 3º de la Ley de 7 octubre 1939 (R. 1404 y Dic. -- 11458)--, y se computará no a partir de la "interpellatio morae", sino desde el vencimiento de la obligación, porque si bien es cierto que la "interpellatio" es aquí presupuesto de la mora, los efectos de la misma, en cuanto de carácter indemnizatorio para cubrir en la medida legal la consecuencia de la tardía satisfacción del derecho de crédito, deben referirse a la fecha en que, por vencimiento de la obligación, ésta debió cumplirse, porque la no disponibilidad del dinero es el daño --concretado en el interés legal--, que la Administración tiene la obligación de resarcir al contratista; y esta fecha inicial para el cómputo de la indemnización no es -- el día en que termina el plazo de tres meses siguientes a la fecha de la certificación (o de dos meses, que era la regla aplicable según el pliego aprobado por el Real Decreto de 4 de septiembre 1908), sino que se computará desde la fecha de ésta, pues los tres meses no alteran el vencimiento de la -- obligación, sino que tienen el significado de una demora tolerada, no generadora, por ello, de efecto indemnizatorio, -- en tanto no se demore por plazo superior al pago, según se -- colige de los textos de los artículos 47 de la Ley y 144 del Reglamento y, ahora en términos que eliminan toda duda, de -- la fedacción dada a aquel artículo en la Ley de 17 marzo -- 1973 (R. 500)".

3. Procedimiento para el pago de intereses.- El párrafo 3º del artículo 144 RCE dice que "la Administración resolverá sobre la procedencia del abono de intereses dentro del plazo de dos meses contados a partir del requerimiento formulado por el contratista, previo informe de la Asesoría Jurídica del Departamento que también dictaminará sobre las causas que han originado la mora y las responsabilidades a que pu--diera haber lugar".

Este precepto nada dice sobre el posible silencio de la Administración ante la petición de intereses que le haya formulado el contratista. Entendemos que el simple transcurso del plazo de dos meses - indicado, debe bastar para que se entienda producida de forma presunta la desestimación de la petición, pues no sería lógico que transcurrido ese plazo tuviese que denunciar la mora a los efectos del silencio administrativo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 94 LPA. Si el contratista lleva su reclamación a la jurisdicción contencioso administrativa podrá pedir también el pago de los intereses devengados desde - la fecha de la demanda, por aplicación del artículo 1109 CC, según el - cual "los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son --judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio - sobre este punto".

El penúltimo párrafo del artículo 144 RCE dice que "el abono de intereses se hará efectivo en la liquidación provisional del contrato con independencia de la correspondiente a la obra y sin perjuicio de proceder reglamentariamente a la devolución de la fianza prestada por - el contratista". Esta norma no tiene una clara justificación, porque al perjuicio que ya de por sí ocasiona al contratista la mora en el pago - del principal acreditado en certificación, se añade ahora la posterga--ción del abono de los intereses al momento de la liquidación provisional que normalmente se producirá después de varios meses si no de años, - -

desde que los intereses se devengaron y pudieron ser pagados.

4. Compensación de la mora.- En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe y desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro. Esta es la regla de la compensación de la mora propia de las obligaciones recíprocas establecida en el artículo 1.100 CC.

El c.o.p. es también producto de obligaciones recíprocas, - pero no admite la regla general de la compensación de la mora y esto no se debe, por tanto, a la naturaleza de esas obligaciones, sino a la desigualdad posicional que existe en este contrato, como así lo tiene reconocido la jurisprudencia (34).

En la cláusula 41 del Pliego de 1903 ya se contenía la disposición terminante de que "en ningún caso podrá el contratista, alegando retraso en los pagos, suspender los trabajos ni reducirlos a mejor escala que la que proporcionalmente corresponde con arreglo al plazo en que deben terminarse". Si se producía la suspensión o la reducción del ritmo de la obra, el contratista incurría en causa de resolución del -- contrato (cláusula 55 del citado Pliego). El RCE también establece que "la paralización total de las obras o la suspensión definitiva de las mismas, sólo podrá verificarse por motivo grave y mediante acuerdo del órgano que celebró el contrato correspondiente, a propuesta del facultativo competente de la Administración (artículo 131).

Sin embargo, el mismo RCE, en el artículo 144, ha abierto un resquicio para admitir limitadamente la compensación de la mora, pues el párrafo quinto de dicho precepto dice que "cuando la demora en el pago de las certificaciones superase el plazo de seis meses, el contratista

podrá solicitar de la Administración la declaración de suspensión temporal de las obras, que será concedida salvo que razones de interés público aconsejen su continuación.

Esta norma dista mucho del automatismo con que la compensación de la mora juega en las obligaciones recíprocas civiles, pues sólo reconoce el derecho del contratista a pedir la suspensión de la obra -- pero no a paralizarla de hecho y, por otra parte, la autorización para paralizar se subordina a razones de interés público cuya apreciación -- queda a juicio de la Administración. Esto último lleva en la práctica a una inaplicación de la norma porque la continuidad de la obra es exigencia permanente del interés público.

En la contratación local se mantiene la exclusión de la compensación de la mora con todo rigor, ya que según el artículo 56 RCCL, "por ningún motivo ni aún por demora en el pago, podrá el contratista -- interrumpir el cumplimiento del contrato, pero quedarán a salvo los -- efectos previstos en el artículo 94", es decir, el derecho a reclamar los intereses moratorios.

N O T A S

(1) Vid. DIEZ-PICAZO, L. Ob. cit. "Fundamentos de Derecho Civil" Patrimonial", p. 618.

(2) Ob. cit. "Lecciones de Contratación Administrativa", p. 229.

(3) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha elevado esta norma a la categoría de principio. La STS de 12 de febrero de 1979 - dice que las modificaciones de la obra proyectada debidamente aprobada "originan el derecho del contratista, con la correlativa de la Corporación demandada, al abono de la obra realmente ejecutada, a tenor del principio en tal sentido consagrado en nuestro Ordenamiento jurídico". Y la sentencia de 28 de junio de 1978 dice, - asimismo, que "conviene destacar previamente que el contratista - tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo a los precios convenidos", -art. 47 parr. J. Decreto 923/65- principio que, indudablemente, debe ser tenido en consideración - como presupuesto de valoración transcendente como derivación de - una "locatio operis" en el que la contraprestación esencial de la Administración consiste en el pago del precio convenido, pero es necesario tener presente que tal precepto se encuentra inserto en el capítulo III bajo el titulado "Efectos del contrato de obras", Sección 1. Ejecución, sino en cuanto a su contenido puro y simple, sin condicionante alguno, al reconocerse al contratista el derecho que le corresponde a ser compensado con el valor de la obra - realmente ejecutada, prescindiéndose si la misma se ha llevado o no a efecto en su totalidad, por causas imputables o no a una u - otra parte".

(4) Sobre la naturaleza de estas operaciones como actividad de constatación o comprobatoria. Vid. LAUBADERE Ob. cit. Tomo II, p. 237.

(5) Dictamen de 3 de diciembre de 1964 (Expte. núm. 33.121).

(6) Ob. cit. p. 173. Recoge este autor la opinión de DROMI, J.R. y KEMELMAYER, DE CARLVCCI, A., expuesta en el trabajo de éstos -- "La cesión de certificados de obra pública frente a la quiebra -- del contratista". La Ley 7 156, pp. 1155 y ss.

(7) El mismo carácter provisional tienen los pagos a cuenta - - (ácomptes) efectuados sobre certificaciones mensuales (décomptés mensuels), regulados en el Derecho francés, para el pago de los - "marchés" (artículo 170 CMS y 1324 CCAG).

(8) STS 10 octubre 1980.

(9) STS 8 mayo 1974

(10) La sentencia de 10 de octubre de 1980 dice que: "la naturaleza de las certificaciones de obras tal y como ha quedado analizada, impide construir sobre las mismas, o mejor dicho, derivar -

de ellas, la consideración de actos declarativos de derechos, - - aplicándoles lo estatuido en el artículo 369 de la Ley de Régimen Local, así como la apelación al recurso de lesividad a que se refiere el artículo 56 y concordantes de nuestra Ley jurisdiccional".

(11) Vid. VILLAR EZCURRA, J.L. Ob. cit. p. 30.

(12) La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe núm. 37, de 20 de diciembre, dice lo siguiente: "Que la liquidación provisional de las obras a realizar entre la recepción provisional y la definitiva de aquéllas se practique y tramite en los términos y plazos previstos en el artículo 172 del R.G.C., y se ponga fin a la inveterada costumbre de refundirla con la liquidación última y definitiva, hecha con posterioridad a la recepción también definitiva, y postergada casi siempre por la Administración hasta después de efectuada la recepción definitiva de las obras, con retraso indebido del pago a las empresas del saldo de la liquidación provisional normalmente favorable al contratista y en perjuicio tanto de las empresas constructoras por este retraso y por el que se origina a causa de la falta de crédito requerido por dicho saldo, como del prestigio de la Administración".

(13) Dictamen de 15 de junio de 1972 (Expte. núm. 38.087).

(14) El Dictamen del Consejo de Estado de 3 de junio de 1971 -- (Expte. núm. 37.635) dice lo siguiente; "En el expediente económico de liquidación de un contrato de obras públicas, la Intervención General de la Administración del Estado señala que el importe del adicional representa un 37,9 por 100 del importe de la adjudicación definitiva, cantidad excesiva para que pueda ser considerada como el natural ajuste de terminación.

Por lo que al exceso de obra ejecutada respecta, su oportunidad y conveniencia aparecen avaladas por la Orden de aprobación técnica de liquidación, si bien parece obvio, como la Intervención General destaca, que, dada la naturaleza de la obra adicional realizada y su volumen relativo, debió dar lugar a la elaboración del oportuno proyecto reformado, resultando irregular su ejecución sin previa ordenación del gasto y su consiguiente inclusión en el saldo de liquidación. En consecuencia, para la aprobación de la propuesta se requiere el cumplimiento del trámite convalidatorio que, con decisión final del Consejo de Ministros, previene el artículo 25 del Reglamento aprobado por Decreto de 3 de marzo de 1925 y el Decreto de 3 de marzo de 1967".

(15) Ob. cit. p. 679.

(16) Ob. cit. p. 796.

(17) Previamente la Intervención ha debido realizar la intervención crítica o fiscalización previa del reconocimiento de obligaciones o gastos, que el art. 20 del Reglamento de 3 de marzo de 1925 define como "la facultad que compete al Interventor general de la Administración del Estado o a sus Interventores delegados - para examinar antes de que se dicte el correspondiente acuerdo, to

do expediente o documento en que se formule una propuesta de gasto, con objeto de conocer si su contenido o tramitación se han ajustado a las disposiciones legales que en cada caso sean aplicables.

(18) Sobre la actuación de la Intervención en el momento de la recepción provisional y de la definitiva vid. capítulo pp.

(19) El Decreto de 5 de abril de 1974 también dispone la mecanización de estos documentos a cuyo efecto se remiten al Servicio de Mecanización de la Dirección General del Tesoro, para que realice el proceso administrativo-contable pertinente (artículo 5º).

(20) J. GARRIGUES. Curso de Derecho Mercantil. 1976. p. 721.

(21) El artículo del Pliego de 1903 decía que "los libramientos y su importe se entregarán, precisamente, al contratista a cuyo favor se hayan rematado las obras, o a persona legalmente autorizada por él y nunca a ningún otro ...".

(22) La O.M. (MOPU) de 24 de diciembre de 1959, emplea la palabra endoso, pero no puede tener más alcance que el que resulta -- del artículo 145 RCE.

(23) Uno de los considerandos de la sentencia apelada y confirmada por el Tribunal Supremo dice: "Que la naturaleza de esta última fórmula es la de un endoso, figura ésta que en el tráfico -- mercantil supone una declaración escrita sobre un efecto de comercio a la orden, por la que el portador del mismo ordena a la persona a quien se giró pagar el importe al individuo que indica o a su orden, siendo por lo tanto el endoso un medio de transmisión -- por regla general de títulos, -valores, pero que la práctica mercantil ha extendido a otra clase de contratación. Y en nuestra -- sistemática, aparte del supuesto del art. 463 del C. Com., se admiten otras fórmulas usuales que no desempeñen ninguna función -- traslativa de la propiedad del título, sino que atribuyen al endosatario facultades más limitadas, como son las de simple apoderamiento cuando se emplean rúbricas como "por poder", "para cobranza", o como la de autos "para su cobro". Por consiguiente en el -- endoso de la certificación núm. 16 el endosatario, es decir el -- recurrente, no ejerce su propio derecho como inherente al título, ni es un verdadero cesionario o subrogado en el crédito a modo de novación subjetiva (supuestos de los arts. 1526 y 1203 núm. 3º del C. Civ.) sino, que actúa como un simple mandatario o apoderado de S., S.A. y se le pueden oponer las mismas excepciones que podrían objetarse a ésta. Consecuencia de todo ello es que el Ayuntamiento aún con el endoso, conserva todas las facultades que se derivan del contenido obligacional del contrato administrativo, entre -- ellos la de descontar el importe de la fianza del contratista a -- que se obliga en virtud de la cláusula 3ª, referida, como hizo -- con las certificaciones anteriores, razones por las que deben estimarse correctos los acuerdos tomados al efecto por el Ayuntamiento".

(24) Vid. CIANFLONE, Ob. cit. p. 694.

(25) DE CASTRO y BRAVO, F. "Derecho Civil de España". Tomo I, p. 665. CASTAN TOBENAS, J. "Derecho Civil Español Común y Foral" Tomo II, Vol. II, pp. 483 y 484.

(26) Ob. cit. "Sistema de Derecho Civil". Volumen III, pp. 437.

(27) GUASP, J. dice que "embargo es, pues, toda afectación de bienes a un proceso con la finalidad de proporcionar al Juez los medios necesarios para llevar a normal término una ejecución procesal". "Derecho Procesal Civil, 1956. p. 450. Según FENECH "la afectación de bienes constituye el núcleo esencial del embargo, según la doctrina más aceptada (CARRERAS) y consiste en una declaración de voluntad del titular del órgano jurisdiccional de ejecución que decreta el embargo, bien expresamente mediante una resolución judicial dictada con este fin, bien implícitamente aceptando los actos realizados "in situ" por el personal cooperador del Juzgado". ("Derecho Procesal Civil". Madrid 1979, p. 384).

(28) ROCA SASTRE considera que el embargo es una sujeción de bienes a un proceso de ejecución y mediante su anotación preventiva alcanza existencia en perjuicio de posteriores adquirentes de la finca o derecho real inmobiliario anotados. Tiene su precedente histórico en la antigua hipoteca judicial (pignus judiciale o in causa iudicata captum), de la cual la anotación preventiva de embargo es su ("Derecho Hipotecario-Barcelona 1968. Tomo II, p. 890).

(29) "Inembargabilidad de fondos públicos". RDP LIV. Enero-diciembre 1970, p. 752 y ss.

(30) "El pago de intereses de demora en los contratos administrativos", en "Estudios de Derecho Administrativo" Consejo de Estado. Madrid 1972, pp. 131 y ss.

(31) Vid. VILLAR PALASI, J.L. Ob. cit. "El pago de intereses de demora en los contratos administrativos", p. 142.

(32) Ob. cit. "El pago de intereses de demora en los contratos administrativos" p. 157.

(33) Dictamen de 21 de enero de 1971 (Expte. núm. 37.189).

(34) La STS de 26 de marzo de 1974 dice que "si bien las obligaciones son objetivamente recíprocas, tal reciprocidad no equivale a subjetiva igualdad en las posiciones contractuales"

CONCLUSIONES

1. En nuestro Derecho el c.o.p. es un tipo de contrato administrativo configurado sobre el esquema básico del arrendamiento civil de obra. De aquí que deba separarse lo que en él hay de aportación administrativa, de lo que también hay en él de sustancia civil.

En cuanto contrato administrativo, el c.o.p. ofrece en primer lugar una estructura deformada por cuanto una de las partes es una Administración que dispone de unas prerrogativas sobre la interpretación, modificación, extinción y, en general, sobre el cumplimiento del contrato, las cuales se ejercen por medio de actos unilaterales que tienen fuerza ejecutiva inmediata sin perjuicio de los recursos que frente a esos actos pueda deducir la otra parte. Quedan así enfrentados una Administración que es juez y parte, frente a un contratista que es parte y recurrente. Esta desigualdad es constitutiva y no conoce parangón.

En segundo término, el c.o.p. como contrato administrativo presenta una regulación más acabada o completa que la que existe para el arrendamiento civil de obra, y dada la identidad sustancial de ambos contratos, puede apreciarse en la práctica un mimetismo de la contratación privada de obras hacia la regulación administrativa. Por otra parte y paradójicamente, muchas obras que encajan dentro del concepto tradicional de obras públicas se ejecutan hoy en régimen de Derecho privado por entes filiales de la Administración, lo que hace que el derecho creado para la contratación de estas obras se aplique no directamente sino como supletorio o por la remisión que a él hagan las partes en el contrato.

Si nos referimos ahora al aspecto sustantivo o civil del c.o.p. se puede comprobar que en él están presentes las notas fundamentales del

arrendamiento de obra civil que se pacta en la esfera privada para la -- ejecución de obras análogas a las del sector público.

El c.o.p. es un contrato de resultado, por lo que su objeto -- típico es la realización de una obra completa y acabada para su poste--- rior entrega a la Administración. El contratista se libera demostrando - que ha ejecutado y concluído la obra conforme al proyecto, con independencia de que después resulte o no apta para satisfacer las necesidades que debe atender la Administración. La satisfacción del interés público es - un "plus" formal que no altera la naturaleza material del objeto del - - c.o.p. respecto del mismo objeto en el arrendamiento civil, y tampoco trasciende ese dato al resultado que debe obtener el contratista.

Consecuentemente con este rasgo básico del c.o.p. los riesgos que inciden sobre la ejecución material de la prestación del contratista (periculum rei) son a cargo de éste, si bien puede resarcirse solicitando de la Administración una indemnización en los casos tipificados de -- fuerza mayor.

También es civil otro rasgo fundamental del c.o.p. como es la autonomía que por principio tiene el contratista para organizar sus propios medios para poder así obtener el resultado prometido. Autonomía que no desaparece por muy intensa que sea la presencia de la Administración en orden a controlar la realización de la obra. Pero por otra parte, la misma autonomía explica que el riesgo de una pérdida económica si el coste de la obra es mayor que el precio convenido, o la posibilidad de ganancia o beneficio en el caso contrario, sean de cargo o provecho del -- contratista. Esta es pues la raíz del principio del riesgo y ventura que ha querido presentarse a veces como algo típicamente administrativo.

Por último, el c.o.p. también reúne los requisitos propios del contrato civil de arrendamiento de obra en lo que al precio se refiere, de tal forma que aquél es también un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, si bien algunas de estas notas presentan desviaciones respecto del esquema civil, unas desfavorables y otras favorables al contratista. Es desfavorable la inaplicación de la "exceptio non ~~ad~~impleti contractus" pues la falta de pago del precio no justifica la paralización de la obra ni faculta para resolver el contrato. Son, en cambio, favorables determinadas técnicas como la actualización de precios, la revisión de precios y la compensación económica por mayor dificultad de ejecución (sujétions imprevues), cuya bondad justifica que sean importadas en el ámbito de la contratación privada mediante pactos de remisión o de contenido análogo.

2. El estudio de la ejecución del c.o.p. tal como se encuentra regulado en nuestro Derecho positivo y en vista también de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Consejo de Estado, -- corrobora esos rasgos fundamentales del contrato en su doble vertiente -- administrativa y civil. Pero además, al tomar conciencia de que estamos ante un contrato sustancialmente idéntico al que se practica en la esfera privada, hemos podido poner de manifiesto los excesos en que incurre la regulación positiva y al mismo tiempo hemos podido encontrar la razón de ser de las técnicas o mecanismos más singulares de este contrato.

La ejecución del c.o.p. no sólo está sujeta a la posibilidad -- de que la Administración interfiera mediante el ejercicio de las prerrogativas que tiene conferidas con carácter general para todos los contratos administrativos, sino que además dicha ejecución se ve afectada por unos mecanismos de reacción enérgicos, cuya justificación resulta difícil desde una consideración puramente contractual. Nos referimos concretamente a aquellos supuestos en que el contratista se ve amenazado con la --

resolución del contrato o con la pérdida de un derecho si por su parte incumple no su obligación principal de ejecutar la obra, sino un deber accesorio o no atiende una simple carga jurídica. Así, pese a que el - c.o.p. queda perfeccionado con la adjudicación definitiva (artículo 109 RCE), si no se formaliza por causa imputable al contratista en el plazo reglamentario de treinta días, la Administración debe acordar la resolución del contrato con incautación de la fianza provisional (artículos 39 LCE y 120 RCE). Otro tanto sucede con la falta de constitución de - la fianza definitiva, pues si no se presta en el plazo de veinticinco - días, contados desde que se le notifique la adjudicación definitiva, -- por causas imputables al contratista, la Administración debe igualmente declarar resuelto el contrato (artículos 118 LCE y 361 RCE). También es digno de mención el supuesto de falta de presencia del contratista al - acto de comprobación del replanteo que realiza la Administración, que - más que un deber es una carga, pues si no asiste lo único que puede - - ocurrir es que después no podrá aducir obstáculos o defectos que le impidan ejecutar sus trabajos; sin embargo, esta omisión se considera como incumplimiento del contrato que puede dar lugar a su resolución con indemnización de daños y perjuicios (artículo 127 RCE en relación con el artículo 159 RCE). En fin, con carácter general se establece que el incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato autoriza a la Administración a exigir su estricto cumplimiento o bien a acordar la resolución del mismo.

Todo esto pone de relieve, a nuestro juicio, una tras--posición del carácter ejecutivo, y al mismo tiempo sancionador, propio de la actuación unilateral de la Administración, al terreno puramente contractual, produciéndose así una notable desproporción entre la falta cometida por el contratista y sus posibles consecuencias, en casos además en los que no cabe aducir, al menos de modo inmediato, que es necesario

obrar así para asegurar la continuidad de la obra; garantía, a su vez, de la satisfacción del correspondiente interés público.

En este aspecto sería pues deseable que nuestras normas de contratación administrativa volvieran a la medida propia de las normas reguladoras de la contratación civil. Suficientes prerrogativas tiene ya la Administración como tal para que además se perjudique la buena técnica contractual con exageradas regulaciones.

3. El estudio de la ejecución del c.o.p. pone también de relieve que los que pueden considerarse como principios típicamente administrativos de este contrato tienen su arraigo en el esquema civil del -- arrendamiento de obra y que en la práctica existe en este punto una identidad sustancial entre la contratación administrativa y la privada.

Hemos de referirnos, en primer lugar, a la injerencia de la Administración en la ejecución de la obra mediante el ejercicio de sus poderes de dirección e inspección (artículos 130 RCE y cláusula 21 PCAG). Pues bien, lo que resulta característico del c.o.p. no es que se produzca esa intervención de la Administración sino cómo se produce. Cualquier obra privada con cierta envergadura técnica o económica da lugar también a un control del dueño durante la ejecución por medio de personas calificadas que asumen así la Dirección de la obra en el aspecto técnico y económico. Lo que diferencia uno u otro tipo de dirección, inspección o control es que en el c.o.p. la dirección forma parte de la organización administrativa, de la cual emanan actos que se someten a la rigidez y -- formalismo del procedimiento administrativo, pues los mismos dan lugar a reclamaciones y a ulteriores recursos, produciéndose así un enfrentamiento entre el dinamismo propio de las relaciones obligatorias y el "tempo lento" de los actos procedimentales.

Esta complicación que entraña la incorporación de la técnica procedimental para dilucidar las cuestiones que surgen en el seno de un contrato, se palia a veces en la práctica, porque la jurisprudencia, -- con buen sentido, pasa por encima del formalismo procedimental y hace -- prevalecer las posiciones contractuales enjuiciadas bajo principios de la buena fe y de confianza en la apariencia. Esto puede comprobarse en el tema de las órdenes o instrucciones dadas por un funcionario u órgano no competente y al margen del procedimiento establecido; en tales ca sos si el contratista cumple de buena fe con esas órdenes, la Adminis-- tración no puede invocar vicios procedimentales para eximirse de cumplir con sus obligaciones ("allegans turpitudinem non auditur").

Por todo ello, sería deseable en toda esta materia que se re-- formasen nuestras normas para deslindar lo que son actos administrati-- vos unilaterales, expresión de poderes privilegiados de la Administra-- ción, los cuales deben discurrir por los cauces del procedimiento admi-- nistrativo, de aquellos otros que son expresión del cumplimiento del -- contrato, los cuales deberían ser reconducidos a la discusión interpar-- tes y en caso de discrepancia posponer su solución al momento final de la recepción de la obra y liquidación del precio. Se evitaría así, a -- nuestro juicio, que el sistema de plazos para formular reclamaciones o interponer recursos cierre anticipadamente cuestiones surgidas - - - dentro de un contrato todavía no extinguido.

Volviendo a la injerencia de la Administración durante la eje-- cución de la obra, también podemos advertir que cualquiera que sea su - intensidad no puede hacer desaparecer la autonomía propia del contratista ni le convierte a éste en un "nudus minister". Por lo demás, en el c.o.p. se aprecia la importancia del "intuitus personae" siendo el contratista quien directamente debe asumir la responsabilidad de la ejecución de la

obra, lo que no impide, al igual que en la esfera civil, que tenga que acudir a la representación, al subcontrato e incluso a la cesión del mismo contrato, dando lugar todo ello a un cúmulo de relaciones que se desenvuelven por cauces análogos a los que también se dan en la contratación privada de obras.

4. La raíz civil o sustantiva también se encuentra en otros principios que se consideran peculiares del c.o.p. e incluso del contrato administrativo como categoría general. Desmitificado ya hace tiempo el principio del riesgo y ventura, cabría ahora hacer lo propio con el principio de la mutabilidad del c.o.p. que se expresa en el "ius variandi" de la Administración.

El estudio de la ejecución del c.o.p. pone de manifiesto algo verdaderamente curioso en relación con el "ius variandi", como es que las prerrogativas administrativas que inciden en el c.o.p. se entremezclan y confunden con los mecanismos que son propios de este contrato, los cuales no resultan, por tanto, debidamente explicados, puesto que siguen actuando de acuerdo con su naturaleza y función. Queremos decir que la prerrogativa de modificación de cualquier contrato, que tiene reconocida la Administración (artículos 18 LCE y 50 RCE), no puede tener la virtualidad de absorber el derecho de modificación (ius variandi) que forma parte de la economía del arrendamiento civil de obra y por consiguiente del c.o.p. Por ello, si la prerrogativa se ha de explicar como potestad de la Administración, el "ius variandi" debe ser entendido como derecho subjetivo, potestativo o de modificación.

La potestad de modificación se lleva a efecto por actos unilaterales de la Administración y puede afectar no sólo al objeto del contrato sino también a otros elementos o condiciones del mismo. Su justificación como poder que actúa en el plano reglamentario y, por ende, - --

extra-contrato, se encuentra en el interés público que en cada caso persigue la Administración. En cambio, el "ius variandi" como derecho contractual está referido al objeto del contrato (aunque puede afectar por derivación a otros elementos como el plazo o el precio), y su justificación se encuentra en la misma naturaleza del c.o.p., pues la Administración, como cualquier "dominus operis", ha de poder introducir las modificaciones necesarias para que la obra quede realizada de acuerdo con -- las exigencias técnicas y económicas que durante la ejecución de la obra se planteen, pues la experiencia indica que los proyectos no lo pueden -- prever todo y que justamente durante su ejecución es cuando se aprecia -- la necesidad o conveniencia de mejorarlos. Que esta justificación material del "ius variandi" se complete con la idea de que el interés público también requiere que así se haga, no puede tener el valor de oscurecer cuál es la verdadera naturaleza de ese derecho y su razón de ser.

Si hemos de destacar una verdadera peculiaridad del "ius variandi" desde el lado administrativo del contrato, será una vez más, la forma en que se ejercita y también, en este caso, las desviaciones a -- esa forma. La modificación de los proyectos en curso de ejecución se somete a un procedimiento cuya finalidad es, principalmente, garantizar su corrección técnica y controlar su repercusión económica en el precio -- inicialmente pactado. Se reproduce en cierto modo el mismo procedimiento que se sigue para la formación del contrato (expediente de contratación). Mas ahora también se producen desviaciones de estas formalidades, pues -- los llamados "reformados" no pocas veces son utilizados para dotar de medios económicos a la obra en ejecución como única salida para hacer posible su viabilidad. Lo que en la esfera privada daría lugar a una negociación entre las partes, en la esfera administrativa se hace por medio de una "picaresca" que persigue análogo fin.

5. Como acabamos de ver, el estudio de la ejecución del c.o.p. pone de relieve los aspectos ya indicados de un exceso de efectos sancionatorios (como radicalización innecesaria, en nuestra opinión, de las prerrogativas de la Administración dentro de la misma regulación de fondo), así como las verdaderas raíces de los principios más característicos de este contrato. Mas, de otra parte, debemos también destacar lo -- que, a nuestro juicio, constituye la verdadera modulación del arrendamiento de obra civil para configurar este tipo especial de contrato que es -- el c.o.p.

Las necesidades técnicas y económicas que la ejecución de una obra pública suscita, no han podido ser resueltas en nuestro Derecho con la parca regulación del arrendamiento de obra, contenida en el CC. En su lugar, el Derecho vivo de la contratación de las obras públicas, fue tipificando una serie de cláusulas reguladoras de las técnicas o mecanismos jurídicos necesarios para resolver las cuestiones que su ejecución -- crea entre dos partes, cuya forma de desenvolverse en sus cometidos era bastante diferente de las que estaban en la mente del legislador de 1889. La Administración, por un lado, con sus prerrogativas y limitaciones y, por otro lado, el contratista como empresa organizada capaz de utilizar una tecnología cada vez más avanzada y de mover grandes recursos humanos, financieros y económicos, crean una serie de problemas cuya solución no estaba prevista en el correlativo contrato civil.

Pues bien, el estudio de la ejecución del c.o.p. muestra la -- existencia de una variedad de soluciones que se integran en el contenido contractual típico que diseñan las normas estatales (LCE, RCE y PCAG), re cogiéndolas de la experiencia que los pliegos ofrecían. El acto de com-- probación del replanteo, la programación de los trabajos, el estableci-- miento de unas penalidades por retardo, las garantías de buena ejecución,

el control sobre los materiales y la obra en curso, los plazos de ejecución, la suspensión de las obras, la recepción doble de la obra, provisional y definitiva, son principalmente los temas que suscita la ejecución de cualquier obra pública y cuya regulación más o menos feliz es expresión de la adaptación que se ha hecho del esquema sencillo del -- arrendamiento civil de obra que sigue estando, sin embargo, presente. Lo mismo cabría decir del lado de la prestación a cargo de la Administración, es decir, del precio. La meticulosidad con que se regula la - formación del presupuesto de la obra con sus distintas formas de deter_{minación} del precio, el régimen de los pagos a cuenta, las técnicas de los precios contradictorios para obras imprevistas o de mayor dificultad de ejecución, la cláusula de revisión de precios, la liquidación - del precio, etc., son, asimismo, otros tantos logros en la regulación específica del c.o.p.

Pero tampoco se puede dejar pasar por alto el hecho de que -- todo este enriquecimiento que se produce en el esquema básico de la - - "locatio conductio operis" también se da en la contratación privada de aquellas obras que desde el punto de vista de su ejecución material en nada difieren de las que están llamadas a satisfacer un interés público. Y es más, esta polivalencia de técnicas contractuales que es fácil apre_{ciar} en los pliegos, es lo que explica el hecho de que actualmente - -- obras por su finalidad pública se están contratando en régimen de Derecho privado. La libertad de pactos que éste otorga permite incorporar - las cuestiones típicas del c.o.p. con lo cual se produce el fenómeno de que la regulación administrativa de este contrato se aplica, dando un - rodeo, a través de un pacto formulado en el correspondiente pliego, y no directamente, en los contratos con régimen de Derecho civil.

6. En suma, si dogmáticamente es claro que existe una identidad sustancial entre el contrato civil de obra y el c.o.p., lo que una

vez más permite cuestionar la sustantividad no sólo de éste contrato, sino del propio contrato administrativo como categoría general, puede también concluirse que el estudio de la fase de ejecución del c.o.p., tal como se encuentra hoy contenido en nuestro Derecho positivo y se practica en los contratos tanto del sector público como privado, nos lleva a poder afirmar que la tipificación o nominación de este contrato como contrato administrativo no le hace sustancialmente distinto del contrato civil de arrendamiento de obra, cuya estructura básica sigue estando presente pese a que en ella se incrustan situaciones de prerrogativa extrañas a la institución contractual.

Por todo lo anterior, consideramos que debería abordarse una regulación unitaria del fenómeno de la contratación de obras que implique la participación de empresas con independencia de que el dueño de la obra sea un ente público o privado. La sede de esta regulación debiera ser el CC, pues acaso sus normas sobre el arrendamiento de obra (artículos 1588 a 1600) sean una de las más necesitadas de actualización. -- Después de casi un siglo de vigencia, esas normas no se han adaptado a las transformaciones tecnológicas y económicas producidas en ese tiempo. Se enriquecería así la contratación civil con la experiencia obtenida en el campo de la contratación administrativa, y sería esto un caso de devolución al Derecho civil de una institución que éste prestó al Derecho Administrativo y que ahora se le retornaría más completa y perfeccionada.

Seguiría siendo materia propiamente administrativa toda la -- regulación de los procedimientos de formación del contrato y de selección de contratistas así como de los controles técnicos y financieros durante la ejecución y al término de la obra, que garantizan la satisfacción de los intereses públicos a los que sirve la Administración.

Si por razones pragmáticas, más que teóricas o dogmáticas, se considera que debe permanecer el dualismo de regulaciones, civil y admnistrativa, se tendría que buscar la unificación de esta última y ésto para dar cumplimiento al mandato constitucional. El artículo 149 CE, en su apartado 18, confiere al Estado competencia exclusiva en materia de legislación básica sobre contratos administrativos. Así pues, unas mismas bases deben presidir las normas de contratación de las obras públicas, bien sea parte la Administración del Estado, la Local, la Autonómica o la Institucional. El esquema básico del contrato no debe variar por la simple presencia de unos u otros sujetos, y debería configurarse con respecto a la institución contractual del Derecho común, eliminando posiciones de privilegio en el contenido del c.o.p., separando de él las - - prerrogativas clásicas de la Administración para interpretar, modificar y extinguir el contrato, cuya regulación debería hacerse como posibilidad extracontractual, sujetándola a un procedimiento sumario que garantice los derechos de los contratistas y permita controlar si el ejercicio de estos poderes excepcionales tienen como finalidad garantizar la - satisfacción de un interés público y no meras cuestiones técnicas o económicas cuya solución debe preverse en el seno del propio contrato.

AUTORES CONSULTADOS

ANGULO GONZALEZ, M.A. "Revisiones de Precios en los contratos de las -- Corporaciones Locales". REVL 175. 1972.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Teoría del equivalente económico en los contratos Administrativos". Madrid 1968.

_____ "Inembargabilidad de fondos públicos". RDP LIV. Enero-Diciembre 1970, p. 752 y ss.

BEZZI, O.M. "El contrato de obra pública". Buenos Aires 1982.

BOQUERA OLIVER, José M^a. "La revisión de precios de los contratos de -- obras de las Administraciones Locales". REVL 184.

_____ "La Selección de Contratistas". Madrid 1963.

_____ "La caracterización del contrato administrativo en la reciente - jurisprudencia francesa y española". RAP 23 (193-210) 1957.

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. "La recepción de la obra". ADC II, 1978.

CADARSO PALAU, Juan. "La responsabilidad decenal de Arquitectos y Constructores". Madrid 1976.

CARRETERO PEREZ, A. "El contrato administrativo ante la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963". RAP 45 (105-89), 1964.

CASTAN TOBEÑAS, José. "Derecho Civil español, Común y Foral". Madrid -- 1978.

CASTRO y BRAVO, Federico. "Derecho Civil de España". Madrid 1955.

_____ "El negocio jurídico". Madrid 1971.

CIANFLONE, Antonio. "L'Appalto di Opere Pubbliche", Milán 1976.

CID LOPEZ, M. "Naturaleza jurídica del llamado endoso en las certificaciones por obras ejecutadas a la Administración". R.D. Priv. 42 (403-11) Mayo 1967.

CLAVERO AREVALO, Manuel F. "El nuevo régimen de las licencias de urbanismo". Madrid 1976.

DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Madrid 1972.

_____ "La doctrina de los propios actos. Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo". Barcelona 1962.

_____ "El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos". Barcelona 1957.

_____ y GULLON, Antonio. "Sistema de Derecho Civil". Madrid 1977.

ENTRENA CUESTA, Rafael. "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración". RAP, 24 (39-74) 1957.

FENECH, Miguel. "Derecho Procesal Civil". Madrid 1979.

FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo. "Los contratos administrativos". Madrid 1927.

FERNANDEZ HIERRO. "La responsabilidad por vicios de construcción". Bilbao 1977.

FLAMME. "Traité théorique et pratique des marchés publics". 2 tomos. - - Bruxelles Bruylant 1969.

GARCIA CANTERO. "La responsabilidad por ruina de los edificios". ADC 1963.

GARCIA DE ENTERRIA, E. "La figura del contrato administrativo". RAP 41. Madrid 1963.

_____ "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo". RAP 2 (83-108) 1950.

_____ "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa". - RAP 10 (241-82) 1953.

_____ y FERNANDEZ, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Madrid 1979.

GARRIDO FALLA, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo". Madrid 1980.

GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Madrid - 1976.

GARCIA-TREVIJANO FOS. "Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: La explotación del "Andalucía Palace" de Sevilla". RAP 28 (147-65), 1959.

_____ "Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local". REVL 87 (301-40), 1956.

_____ "Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa. Los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo". RAP 36.

GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis. "La contratación administrativa". Madrid 1966.

_____ "La contratación local". Madrid 1982.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. "Comentarios a la Ley del Suelo". Madrid 1976.

GUASP, Jaime. "Derecho". Madrid 1971.

_____ "Derecho Procesal Civil". Madrid 1956.

HERRERA CATENA, Juan. "Responsabilidades en la construcción". Granada - 1974.

HIRSCHEBERG, E. "Cláusulas de valor indexadas". Junio 1980.

_____ "Cláusulas de valor". Marzo 1980.

JEZE, Gastón. "Principios generales del Derecho Administrativo". Buenos Aires 1949.

LAUBADERE. "Traité théorique et pratique des contrats administratifs". París 1956.

LARUMBE BIERRUN, P.M. "Comentarios a la reforma del texto articulado de 8 de abril de 1965, de contratos del Estado, por Ley 5/1973, de 17 de marzo". RAP 72 (327-355).

LOPEZ-FONT MARQUEZ, F. "El término en el contrato administrativo de obra" RAP 97 (207-306)

LOPEZ MORA y de la CAMARA, M. "Tratado práctico de Derecho referente a la construcción y arquitectura. Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción. Madrid 1964.

LEHMANN, Heinrich. "Tratado de Derecho Civil". Madrid 1956.

LLORENS, Francois. "Contrat d'entreprise et marché de travaux publics". París 1981.

MANRESA NAVARRO, José Maria. "Comentarios al Código Civil". Madrid 1931.

MARTIN RETORTILLO BAQUER, S. "La institución contractual en el Derecho Administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes". RAP 29 (59-102) 1959.

MEILAN GIL, J.L. "Delimitación conceptual del error material y de cuota" RAP 55, pp. 179.

MONEDERO GIL, José Ignacio. "Doctrina del contrato del Estado". Madrid 1977.

MORENO GIL, Oscar. "La revisión de precios en la contratación administrativa". Madrid 1980.

NUÑEZ LAGOS, R. "Hechos y derechos en el documento público". Madrid 1950 p. 21 y ss.

PARADA VAZQUEZ, Ramón. "La nueva Ley de Contratos del Estado". RAP 47.

_____ "Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español". Sevilla 1963.

PERA VERDAGUER, Francisco. "La expropiación forzosa". Barcelona 1963.

ROCA SASTRE, Ramón M. "Derecho Hipotecario". Barcelona 1968.

_____ "Estudios de Derecho Privado". Barcelona 1948.

RODRIGUEZ MORO, Nemesio. "Sobre la vigencia del artículo 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales en orden a la revisión de precios de las obras contratadas por aquéllas". REVL 175.

RUBINO, Domenico. "L'Appalto". Turín 1980.

SANCHEZ-CALERO, Francisco J. "El contrato de obra (su cumplimiento)". Madrid 1978.

VILLAR EZCURRA, J.L. "Actos consentidos en contratos de obras públicas". REDA 16, 1978.

VILLAR PALASI, J.L. "Apuntes de Derecho Administrativo". Madrid 1977.

_____ "Lecciones de contratación administrativa". Madrid 1969.

_____ "El pago de intereses de demora en los contratos administrativos".
Estudios de Derecho Administrativo. Libro Jubilar del Consejo de Estado
IEP. Madrid 1972.

VILLAR, BACHELOT, ROMERO. "Droit et pratique des marchés publics de - --
travaux". París 1981.

VILLAR y ROMERO, José M^a. "Procedencia del interdicto de recobrar contra
la Administración, caso de incautarse ésta de los medios auxiliares de -
una obra pública".